Das kaufmännische

Zurückbehaltungsrecht.

Ein Beitrag zur Interpretation

der Art. 313—316 H. G. B.

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

einer hohen Juristenfakultät

der kgl. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

von

August Neresheimer

Rechtspraktikant.

München.

J. Schweitzer Verlag

(Jos. Eichbichler)

1895.

Das kaufmännische

Zurückbehaltungsrecht.

Ein Beitrag zur Interpretation

der Art. 313—316 H. G. B.

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

einer hohen Juristenfakultät

der kgl. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

von

August Neresheimer

Rechtspraktikant.

München.

J. Schweitzer Verlag

(Jos. Eichbichler)

1895.

Herrn Professor Fr. Moldenhauer

in dankbarer Verehrung

gewidmet

von seinem Schüler.

Vorwort.

Es mag auf den ersten Blick überflüssig und gewagt erscheinen, angesichts der vielen über das kaufmännische Retentionsrecht bereits vorliegenden und teilweise von namhaften Juristen verfaßten Publikationen sich neuerdings eine Darstellung dieses Themas zur Aufgabe zu stellen.

Aber einerseits sind diejenigen Schriften, welche sich speziell mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht beschäftigen, größtenteils mit Rücksicht darauf als veraltet anzusehen, daß sie, vor einer Reihe von Jahren erschienen, die neuere Rechtsprechung und die in ihrem Gefolge aufgetauchten Streitfragen nicht berücksichtigen konnten, andrerseits haben zwar die Kommentare zum H.G.B. und die das ganze Handelsrecht umfassenden Lehrbücher in ihre neuesten Auflagen auch die jüngsten Entscheidungen unsrer Gerichtshöfe aufgenommen, dagegen aber waren sie natürlich gezwungen, den ganzen Stoff in gedrängter Kürze zur Darstellung zu bringen, und somit nicht in der Lage, auf die zahlreichen sich aus den einzelnen Bestimmungen der Art. 313—316 H.G.B. ergebenden interessanten Fragen näher einzugehen.

Aus diesen Gründen glaubte der Verfasser der vorliegenden Abhandlung eine erneute Bearbeitung dieses Stoffes unternehmen zu dürfen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0134

Inhaltsübersicht.

I. Teil.

§ 1. Einleitung.

II. Teil.

§ 2. Rechtliche Natur des kaufm. Retentionsrechts.

III. Teil.

Voraussetzungen für die Ausübung des kaufm. Retentionsrechts.

1. Abschnitt.

§ 3. Allgemeines.

2. Abschnitt.

Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners.

§ 4. A. Subjekte.

B. Objekte.

§ 5. 1) Bewegliche Sachen und Wertpapiere.

§ 6. 2) Eigentum des Schuldners.

§ 7. 3) Besitz des Gläubigers.

§ 8. C. Forderung.

3. Abschnitt.

§ 9. Voraussetzungen bei anormalen Vermögensverhältnissen des Schuldners.

IV. Teil.

Art und Wirkungen der Ausübung des kaufm. Retentionsrechts.

§ 10. a) Im Allgemeinen.

§ 11. b) Im Konkurs des Schuldners.

V. Teil.

§ 12. Beendigung des kaufm. Retentionsrechts.

VI. Teil.

§ 13. Das Retentionsrecht der Zukunft.

Nachweis der zu dieser Abhandlung hauptsächlich benützten Quellen:

I. **Lehrbücher:**

Dernburg, Pandekten 3 Bde. (3. Aufl. Berlin 1992.)

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 3 Bde. (7. Auflage Frankfurt a. M. 1891).

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 5 Bde. (2. Auflage Berlin 1882—85).

Mandry, der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl. Freiburg i. B. 1885).

Thöl, Handelsrecht 3 Bde. (Leipzig 1879—80).

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. Bd. 2. Abt. (Erlangen 1868).

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 4 Bde. (Leipzig 1881—85).

Gareis, das deutsche Handelsrecht (4. Aufl. Berlin 1892).

II. **Kommentare:**

v. Hahn 3. Aufl. (Braunschweig 1879—83).

Staub 1. Aufl. (Berlin 1892—93).

Makower 11. Aufl. (Berlin 1893).

Puchelt 4. Aufl. (Leipzig 1893—94).

Gareis-Fuchsberger (Berlin 1891).

Anschütz-Völderndorff (Erlangen 1868—74).

Willenbücher (Berlin 1891).

III. **Monographieen:**

Laband in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (herausgegeben von Goldschmidt u. a.) Bd. IX. S. 425 ff.)

Wolff in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechts Bd. III S. 251 ff.)

Großkopf: Zur Lehre vom Retentionsrechte (Oldenburg 1858).

Korn: Das kaufmännische Retentionsrecht (Tübingen 1881).

Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht (Rostock 1886).

IV. Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts.

V. Die Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs (Herausgeg. v. J. Luz. Würzburg 1858—1863.)

I. Teil.

Einleitung.

§ 1.

„Die Lebensader des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Diesen auf bloßes Versprechen zu gewähren ist nur thunlich, so lange der Verkehr sich auf die kleinsten socialen Verbände beschränkt, innerhalb deren ein jeder mit den Vermögensverhältnissen seines Geschäftsfreundes genau bekannt ist. Mit der Vergrößerung der Staaten, mit der wachsenden Schwierigkeit, die Solvenz und Redlichkeit des Einzelnen, mit welchem man in Verbindung treten will, zu übersehen, wächst das Bedürfnis nach weiteren Sicherungsmitteln und das Rechtsleben hat solche Sicherungsmittel mit verschiedenartiger Kraft und Wirkung auszubilden."[1])

Was hier Dernburg vom Rechtsverkehr überhaupt sagt, gilt in ganz besonderem Maße vom Rechtsverkehr in der Welt des Handels. Und gerade da können wir auch viele Jahrhunderte hindurch das immer intensiver auftretende Bedürfnis verfolgen, solche Mittel zur Sicherung des Kredits zu schaffen.

Eine der interessantesten, weil am meisten umstrittenen Schöpfungen dieser Art ist das kaufmännische Retentionsrecht, dessen systematische Darstellung sich die vorliegende Abhandlung zur Aufgabe gestellt hat.

Eine kurze historische Einleitung soll uns den Entwicklungsgang dieses Rechtsinstituts, so weit er zum Verständnis desselben nötig erscheint, vergegenwärtigen

Wie jetzt allgemein anerkannt wird, findet sich der Begriff des Retentionsrechts im römischen Recht überhaupt noch nicht aufgestellt, viel weniger ausgebildet, wenn auch das corpus juris sich oft der Ausdrücke „retinere" oder „retentionem habere"

[1]) H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (2 Bände. Leipzig 1860 und 1864) Bd. I S. 1.

und ähnlicher bedient.[2]) Auch die Glossatoren und Postglossatoren kennen diesen Begriff als solchen noch nicht. Dagegen haben die Nachfolger derselben große Anstrengungen gemacht, alle diejenigen Fälle, in welchen die Quellen von retentio und retinere sprechen, als zusammengehörig unter einen Hut zu bringen.[3]) Erst in den letzten beiden Jahrhunderten wurden mit Erfolg Versuche gemacht, System in dieses Chaos zu bringen und das nicht Dazugehörige auszuscheiden, obwohl es auch jetzt noch nicht gelungen ist, ein in sich abgeschlossenes Rechtsinstitut herauszubilden, und nicht nur über die rechtliche Natur, also über die wissenschaftliche Formulierung dieses Begriffes, sondern auch über die Voraussetzungen und Wirkungen desselben die Meinungen noch sehr weit auseinandergehen. Nachdem nun die Doktrin die Existenz eines Retentionsrechts anerkannt und ihm wenigstens durch schärfere Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten eine gewisse praktische Verwendbarkeit verliehen hatte, folgte ihr auch die bürgerliche Gesetzgebung, indem die verschiedenen Partikularstaaten über das Retentionsrecht teils in ihren Kodifikationen teils in einzelnen Gesetzen mehr oder weniger übereinstimmende Sätze aufstellen[4]). So ist denn für den bürgerlichen Rechtsverkehr ein Recht geschaffen worden, welches dem Gläubiger ein Mittel an die Hand giebt durch einstweilige Zurückweisung des gegnerischen Anspruchs seine eigene Forderung geltend zu machen und so nachdrücklicher für die Befriedigung derselben zu wirken, das ihm aber eine direkte Befriedigung desselben nicht gestattet und außerdem infolge verschiedener anderer Einschränkungen und seines Versagens im Konkurs als Kreditsicherungsmittel nur eine bescheidene Rolle zu spielen vermag.[5])

Einen andern Weg hat der Entwicklungsgrad des Retentionsrechts in der Welt des Handels genommen und zwar war

[2]) Genaueres hierüber siehe bei Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht (Rostock 1886) S. 2 ff.

[3]) cf. Schenk, die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinem Recht (Jena 1837) S. 12, 13.

[4]) Siehe Goldschmidt, Handbuch I. 2. § 93 Note *.

[5]) cf. Dernburg, Pfandrecht I Seite 101. Das Retentionsrecht ist nichts anderes als das Recht temporärer Passivität in Fällen, in denen an und für sich eine Leistungspflicht existiert.

es hier nicht die Doktrin, sondern die Praxis, welche vorauging[6]) Die mit der Pfandbestellung verknüpften Mißstände und die von der gemeinrechtlichen Praxis und von den Partikulargesetzen der Befriedigung aus dem Pfande entgegengestellten Schwierigkeiten, andererseits die Unzulänglichkeiten der Rechtshilfe gegen Schuldner im Auslande führten mit dem Aufblühen des Handels im Mittelalter und der damit inaugurierten Umwälzung und Entwicklung des Kreditwesens zur Schöpfung eines Rechtsinstituts, das — nach Goldschmidt's Ausdruck — ein Surrogat für das vertragsmäßige Pfandrecht sein wollte, indem es einfach die in Händen des Gläubigers befindlichen Waaren des Schuldners als Deckungsmittel für die Forderungen des ersteren hinstellte. Dieser Handelsgebrauch verschaffte sich alsbald gesetzliche Anerkennung, zunächst in den Statuten der italienischen Handelsstädte[7]), und von hier aus in den Gesetzbüchern der Handelsemporen Hollands, Frankreichs, Englands und Deutschlands[8]), bis das Rechtsinstitut hier seine einheitliche abschließende Ausgestaltung in dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch erhielt.

Die Entstehungsgeschichte der unser kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht behandelnden Artikel 313—316, wie sie aus den Protokollen der Nürnberger Konferenz zu entnehmen ist, hat bereits des öfteren ausführliche Darstellungen gefunden und ist daher zu bekannt, als daß nicht eine Wiederholung derselben an dieser Stelle überflüssig erscheinen dürfte[9]). Unsere Untersuchung wird sich somit im folgenden mit den aus den genannten Artikeln selbst und ihrer Entstehungsgeschichte für das Wesen, die Voraussetzungen, Wirkungen und Beendigungsgründe des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu ziehenden Konsequenzen zu beschäftigen haben.

---

[6]) Eine ausführliche Darstellung dieser Entwickelung gibt Goldschmidt a. a. O. § 96 S. 996—1018.

[7]) Insbes. in dem Florentiner statuto di mercantia v. 1577 u. in den revid. Statuten von Genua 1589.

[8]) z. B.: Nürnberger Reformation v. 1564, Hamburger Statuten 1603, Frankfurter Wechselordnung v. 1666, Leipziger W.-O. 1682, Wiener W.-O. 1717, Hamburger Fallitordnung 1753.

[9]) So bei Laband, Zeitschrift f. d. ges Handelsrecht Bd. IX S. 430 ff., Goldschmidt a. a. O. § 97, in neuester Zeit Korn, das kaufm. Retentionsrecht, Tübingen 1881. S. 8—15.

II. Teil.

Die rechtliche Natur des kaufmännischen Retentionsrechts.

§ 2.

Der das kaufmännische Retentionsrecht behandelnde Abschnitt unseres Handelsgesetzbuches giebt lediglich die Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtes an, ohne sich auf eine Definition desselben einzulassen, so daß die Wissenschaft und Praxis vor die Aufgabe gestellt sind für diesen Rechtsbegriff eine Formulierung zu finden. Die bis jetzt aufgestellten wissenschaftlichen Konstruktionen weichen nun allerdings oft sehr weit von einander ab, allein bei der durch den Gesetzgeber erfolgten Festlegung der Voraussetzungen und Wirkungen des Retentionsrechtes können diese theoretischen Differenzen nicht zu praktischen Ergebnissen führen.

Daß mit der bloßen Bezeichnung als qualificiertes Retentionsrecht"[1]) oder als „stillschweigendes Pfandrecht"[2]) für die Erklärung der juristischen Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zum mindesten nicht viel gewonnen ist, selbst wenn man diese Umtaufungen nicht für geradezu geeignet hält, falsche Vorstellungen von seinen Wesen zu erwecken, dürfte ohne weiteres klar sein. Wenn Wächter[3]) das kaufmännische Retentionsrecht schlechthin für ein Kompensationsrecht erklärt, so bedarf es nur des Hinweises darauf, daß die Art. 313—316 HGB von einer Befugnis des Gläubigers, mit den Retentionsobjekten gegen seine Forderung aufzurechnen, kein Wort enthalten und daß es sich bei unserm Rechtsinstitut seiner ganzen Tendenz und Geschichte nach lediglich um Sicherung der Forderung, nicht aber, wie bei der Kompensation, um Zahlung handelt. Wolff[4]) seinerseits hält

[1]) So Laband a. a. O. S. 484.
[2]) Vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 1030 zu N. 4a.
[3]) Handelsrecht (Leipzig 1866) Bd. I S. 139 N. 25.
[4]) Busch's Archiv Bd. III S. 256 f.

es für ein modificiertes Pfandrecht, welches sich durch die Anzeige von seiner Ausübung in ein wirkliches Pfandrecht verwandle; dem gegenüber ist anzuführen, daß, wie später dargelegt werden wird, die Unterlassung der Anzeige auf die Ausübung des Retentionsrechts selbst keinen Einfluß hat, der säumige Gläubiger vielmehr nur zum Schadenersatz verpflichtet wird. Die Definition von Hahn's[5]) als persönliches Recht, welches sich durch das Urteil in ein dingliches, nämlich ein richterliches Pfandrecht verwandle und als in der Mitte zwischen dem römischen (soll wohl heißen gemeinrechtlichen) Retentionsrecht und dem Kompensationsrecht stehend, oder als eine Befugnis die betreffende Sache als Exekutionsobjekt in Anspruch zu nehmen, muß ebenfalls als unhaltbar bezeichnet werden. Denn es ließe sich nicht erklären, wie überhaupt durch Richterspruch die Verwandlung eines persönlichen Rechtes in ein dingliches vor sich gehen könnte, und in der That hat auch hier der Gläubiger ebensowenig nach wie vor dem Urteil ein dingliches Recht an dem Retentionsobjekt, vielmehr wird sein Recht durch das von ihm erwirkte rechtskräftige Urteil gerade so verstärkt, wie jeder andere privatrechtliche Anspruch. Als Befugnis, das Retentionsobjekt als Exekutionsobjekt in Anspruch zu nehmen, kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht um deswillen nicht bezeichnet werden, weil eben erst das von dem Retinierenden zu seinen Gunsten erstrittene Urteil diese Befugnis verleiht. Aus den bisher ausgeführten oder ähnlichen Gründen dürften auch die meisten anderen Formulierungen als unannehmbar zurückzuweisen sein. Am unbedenklichsten kann man wohl das Resultat der Untersuchungen Goldschmidts[6]) acceptieren, der das kaufmännische Retentionsrecht als ein eigentümliches Rechtsinstitut reklamirt, das seinem überwiegenden Charakter nach ein gesetzliches Pfandrecht sei, in vielen Beziehungen aber mit den schwächeren Wirkungen eines (bürgerlichen) Retentionsrechtes, in einzelnen Beziehungen nach Art eines Arrest-, in andern nach Art eines Kompensationsrechtes gestaltet sei. Mit dieser Erklärung steht auch die Anschauung der Praxis, wie sie

[5]) Kom. zu Art. 313 § 1 und zu Art. 315 § 1.
[6]) a. a. O. S. 1031 f.

in einer Reihe von Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts ihren Ausdruck gefunden hat[7]), zum wenigsten nicht in Widerspruch.

Es ist auch wirklich nicht abzusehen, warum eine solche Schöpfung des Handelsgesetzbuches, die den Bedürfnissen des Handelsverkehrs der Neuzeit Rechnung tragen will, durchaus in den Rahmen eines der schon bestehenden Rechsinstitute passen und sich in eine der bis jetzt aufgestellten Klassen oder Arten von Vermögensrechten einreihen lassen muß[8]) und nicht viel mehr als das gelten darf, was es ist, eine Neuschöpfung.

III. Teil.

Die Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes.

1. Abschnitt.

Im allgemeinen.

§ 3.

Der Beweis dafür, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht wirklich ein eigentümliches Rechtsinstitut ist, läßt sich am sichersten durch eine Darstellung der Voraussetzungen und Wirkungen desselben führen.

Da die bona fides die wichtigste der Lebensbedingungen des Handelsverkehrs überhaupt bedeutet, so ist selbstverständlich auch erste und wesentlichste Voraussetzung für die Ausübung einer Retentionsbefugnis, daß diese Ausübung nicht durch ein privates Übereinkommen der Parteien ausgeschlossen worden ist. Daß aber ein solches die Kraft hat, das vom Gesetz der einen Partei gegen die andere verliehene Recht der Zurückhaltung illusorisch zu machen, mit andern Worten, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über das kaufmännische Retentionsrecht

[7]) R.-O. H.-G.-Entsch. Bd. II S. 77 ff. und S. 383, Bd. V, S. 304 ff., Bd. X S. 74, Bd. XV S. 99.
[8]) cf. Langfeld, a. a. O. S. 149.

nicht zwingender sondern dispositiver Natur sind, hat der Gesetzgeber in Art 316 ausgesprochen:

> „Die in den Artikeln 313 bis 315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben."

Durch diese Vorschrift wird die Ausübung des Retentionsrechts nicht nur dann ausgeschlossen, wenn bei Eingehung eines bestimmten Geschäfts eine derartige Vereinbarung erfolgt ist, sondern auch, wenn sie ein für allemal für den ganzen geschäftlichen Verkehr zwischen beiden Parteien getroffen wurde. Gleichgiltig ist selbstverständlich auch, ob die Verabredung, daß von der dem einen Kontrahenten von Gesetzeswegen zustehende Retentionsbefugnis kein Gebrauch gemacht werden dürfe, vor, bei oder nach dem Übergang der Waare in die Detention der betreffenden Partei stattfand, ferner ob sie mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen eingegangen wurde, nur müssen eben, wie schon die Protokolle betonen[1]), die Parteien sich des ihnen zustehenden Retentionsrechts bewußt gewesen und in diesem Bewußtsein ausdrücklich oder stillschweigend über dessen Ausschluß übereingekommen sein. Auch kann die Abmachung sowohl dahin gehen, daß von der Retentionsbefugnis unter keinen Umständen Gebrauch gemacht werden dürfe, als auch dahin, daß sie nur in gewissen Fällen oder unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen sein solle.

Ist nun keine derartige Parteivereinbarung erfolgt, so treten also die Bestimmungen der Art. 313—315 in Wirksamkeit. Die Voraussetzungen aber, von deren Vorhandensein der Art. 313 die Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes abhängig macht, bedürfen hinsichtlich der Subjekte, Objekte und Forderungen einer eingehenden Darlegung, bei welcher, wie dies auch der Gesetzgeber thut, zwischen den bei normalen Vermögensverhältnissen des Schuldners erforderlichen Voraussetzungen und den bei anormaler Lage desselben erleichterten Bedingungen für die Existenz bezw. Geltendmachung des Retentionsrechtes scharf unterschieden werden muß.

[1]) cf. Prot. S. 1423 f.

2. Abschnitt.

Voraussetzungen bei normaler Vermögenslage des Schuldners

A. Bezüglich der Subjekte.

§ 4.

Das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches kann nur von einem Kaufmann und nur gegen einen Kaufmann ausgeübt werden; Voraussetzung bezüglich der beteiligten Subjekte ist also beiderseits Kaufmannseigenschaft[1]). Wer nun diese Eigenschaft besitzt, diese Frage wird beantwortet durch die Art. 4 –11 in Verbindung mit Art. 271 und 272 H. G. B., ferner durch die Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 bezw. 1. Mai 1889, vom 11. Juni 1870 bezw. 18. Juli 1884 und vom 20. April 1892. Hienach sind die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter allen Umständen, also auch die nicht handeltreibenden, mit der Eigenschaft von Handelsgesellschaften also von Kaufleuten ausgestattet, während die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften hierauf nur in dubio Anspruch haben. Kaufmannseigenschaft hat auch der Staat bezw. der Fiskus in seiner Thätigkeit als Besitzer von Eisenbahnen und als Inhaber des Debits von Zeitungen und Zeitschriften und des Posttransports von Gütern, Geldbriefen, denn es ist nicht notwendig, daß der gewerbemäßige Betrieb der Handelsgeschäfte den ausschließlichen oder den Hauptberuf bildet[2]). In den einzelnen Staaten oder Landesteilen gehören ferner zu den Kaufleuten auch diejenigen Personen und Gesellschaften, auf welche der Kaufmannsbegriff durch die betreffenden Partikulargesetze ausgedehnt worden ist[3]), denn nach § 2 des Reichs-Einführungsgesetzes zum H. G. B. vom 5. Juni 1869 bleiben die bei oder nach der Einführung des H. G. B.

---

[1]) Über die Verhandlungen der Nürnberger Konferenz hinsichtlich dieses Erfordernisses vergl. Goldschmidt a. a. O. § 98. N. 18.

[2]) R. G.-Entsch. in Strafs. Bd. VIII S. 147. R. O. H. Bd. XXIII S. 9. (Eisenbahnen und Zeitungsdebit), Bd. III S. 405, Bd. XII S. 311, Bd. XIV S. 118, Bd. XVII S. 127 (Posttransport). Vergl. auch Prot. S. 1260; Bezügl. der öffentl. Banken: H. G. B. Art. 511.

[3]) Z. B. Württemb. E. G. z. H. G. B. v. 13. VIII. 65 Art. 4. 5.

im Wege der Landesgesetzgebung erlassenen Vorschriften in so weit in Kraft, als sie nur eine Ergänzung nicht eine Abänderung des H. G. B. enthalten und solche Erweiterungen sind zweifellos als Ergänzungen und nicht als Abänderungen anzusehen.[4])

Da dem Handlungsgehilfen als solchen, d. h. als nicht selbständig Handelsgeschäfte betreibendem, die Kaufmannseigenschaft fehlt, so steht ihm auch wegen seiner Forderungen aus dem Dienstverhältnis keine Retentionsbefugnis an dem Eigentum seines Prinzipals zu.[5]) Es darf also z. B. der Reisende die seinem Prinzipal gehörigen Musterkoffer wegen etwaiger Ansprüche an Gehalt oder Spesen nicht zurückbehalten. Natürlich ist es aber der Landesgesetzgebung nicht verwehrt, auch den Handlungsgehilfen ein Retentionsrecht zu verleihen, wie dies durch das preußische A. L. R. (Teil I Tit. 20 § 539 ff.) geschehen ist. Für die Befugnis ein Retentionsrecht auszuüben ist es gleichgültig, ob der Gläubiger Voll- oder Minderkaufmann ist, da die Bestimmungen über das Zurückhaltungsrecht nicht zu denjenigen gehören, welche gemäß Art 10 auf die letztere Klasse von Kaufleuten keine Anwendung finden sollen.

Da die Berechtigung zu retinieren nur dem Kaufmann verliehen ist, so hat der Gläubiger mit dem etwaigen Verlust seiner Kaufmannseigenschaft auch diese Befugnis nicht mehr. Ist aber die Ausübung des Retentionsrechtes schon vor diesem Zeitpunkt erfolgt, so bleiben die dadurch erworbenen Rechte auch nachher noch bestehen[6]). Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Schuldner seine Eigenschaft als Kaufmann verliert.

Dieser Verlust tritt bei den Handelsgesellschaften erst mit Beendigung der Liquidation[7]), bei einem in Konkurs geratenen Kaufmann nur dann ein, wenn er nach der Konkurseröffnung nicht fortfährt Handelsgeschäfte gewerbmäßig zu betreiben.[8])

---

[4]) So auch Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl. Freiburg 1885) S. 63 f.
[5]) R. O. H. G. Bd. XXIV S. 270.
[6]) cf. R.O.H.G. Bd. 6 S. 113; Busch's Archiv Bd. 38 S. 239, Striethorst's Archiv Bd. 99 S. 125; ebenso auch die Kommentatoren.
[7]) So R.O.H.G. Bd. 22 S. 328, Bd. 23 S. 144.
[8]) R.G. Bd. XIII. S. 152.

B. Bezüglich der Objekte.

1. Bewegliche Sachen und Wertpapiere.

§ 5.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht darf nur an „beweglichen Sachen und Wertpapieren" ausgeübt werden. Durch diese Vorschrift sind zunächst die Immobilien aus der Liste der zur Retention geeigneten Objekte gestrichen. Dieser Ausschluß der unbeweglichen Sachen ist übrigens auch schon selbstverständliche Folge des Art. 275 H.G.B., nach welchem Verträge über Immobilien keine Handelsgeschäfte sein können[1]), während Art. 313 verlangt, daß die Retentionsobjekte auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sind.

Auch die Rechte sind keine retentionsfähigen Objekte, denn sie gehören zwar, wenigstens teilweise, so das Autor- und Firmenrecht, die Forderungsrechte u. a., gemeinrechtlich zu den Mobilien, nicht aber nach dem H.G.B. Letzteres spricht nämlich von den Sachen stets im Gegensatz zu den Rechten und können daher unmöglich diese als zu jenen gehörig angesehen werden.[2]) Auch würde eine Hinzurechnung derselben zu den Retentionsobjekten in Widerspruch treten mit der demnächst zu besprechenden Voraussetzung für die Möglichkeit ihrer Zurückbehaltung, daß sie im Eigentum des Schuldners stehen müssen. Nur dasjenige aber, was percipiert werden kann, kann auch Gegenstand des Eigentumsrechtes sein.[3])

Aus denselben Gründen wie hinsichtlich der Rechte muß auch die Frage verneint werden, ob überhaupt Handlungen oder Leistungen irgend welcher Art, zu denen der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, die aber nicht in der Herausgabe von beweglichen Sachen oder Wertpapieren bestehen, Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein können. Dagegen steht hinsichtlich dieser Leistungen einer Retention nach

[1]) Darüber, daß hier die Präsumtion des Art. 274 Abs. I nicht Platz greift, vergl. R.O.H.G. Bd. 12 S. 53.

[2]) Eine eingehende Untersuchung hierüber findet sich bei Gutmann, Interpretation des Art. 306 H.G.B, (Erlangen 1894), S. 15 ff.

[3]) Wegen der scheinbaren Ausnahme beim Firmenrecht siehe Gutmann a. a. O. S. 19.

gemeinem oder partikulärem Recht, bezw. der Anwendung der exceptio nondum adimpleti contractus nichts im Wege.[4])

In dem vorstehend Dargelegten liegt bereits die Entscheidung darüber, in wie weit das Geld retentionsfähig ist: Zurückbehaltung von Geld ist nur dann möglich, wenn es sich nicht um Summen, sondern um einzelne bestimmte Geldstücke, also um Geldstücke in specie, handelt, deren Herausgabe der eine Kontrahent von dem andern, dem Retentionsprätendenten, beansprucht. Schuldet nämlich der letztere auch eine Geldsumme, so tritt an die Stelle der Retention selbstverständlich die Kompensation.

Wenn wir nun nach Ausscheidung alles dessen, was nach der Natur der Sache und den Intentionen des H.G.B. von vornherein als nicht unter den Begriff der beweglichen Sachen fallend erkennbar ist, eine genauere Feststellung der Grenzen dieses Begriffes unternehmen wollen, so müssen wir, in Ermangelung einer Definition durch das H.G.B. selbst, uns an das bürgerliche Recht wenden. Es kommen daher zunächst die Reichsgesetze — man denke z. B. an § 714 oder 771 R.C.P.O. — und in zweiter Linie die Landesgesetze in Betracht, so z. B. bezüglich der Waarenlager § 1818 und 1941 des sächsischen B.G.B. Im übrigen finden die in der bereits (Note 2) erwähnten Schrift Gutmanns für die Interpretation des Art. 306 H.G.B. bezüglich dessen, was nach Reichs- oder Landesgesetzen als bewegliche Sache zu gelten hat, gewonnenen Resultate auch für die Erläuterung des Art. 313 Anwendung[5]).

Wenn der Gesetzgeber bestimmt hat, daß „alle beweglichen Sachen und Wertpapiere" des Schuldners zur Retention geeignet sind, so muß man sich fragen, ob er mit dieser Wendung die Wertpapiere begrifflich aus der Gesammtheit der beweglichen Sachen ausscheiden wollte. Die Antwort darauf ist ein zweifelloses Nein. Denn es wäre absolut kein Grund für eine be-

[4]) Vergl. Goldschmidt § 98 Nr. 23.

[5]) Von aktuellem Interesse wäre es noch gewesen, die Zugehörigkeit zu den beweglichen Sachen für die durch Erfindungen und Entdeckungen der Neuzeit auch nach der rechtlichen Seite hin beachtenswert gewordenen Erscheinungen in der Körperwelt wie für das Gas, den elektrischen Funken und ähnliche nachzuweisen.

begriffliche Trennung zu finden, wie denn auch die Protokolle keinen Anhaltspunkt für eine etwaige Bejahung der Frage bieten. Warum aber dann diese Unterscheidung? Wie in Art. 306 von „Waaren oder andern beweglichen Sachen" gesprochen wird, ohne daß man deshalb zur Annahme berechtigt wäre, daß jene beiden Bezeichnungen in Gegensatz zu einander gesetzt werden sollten, so ist auch hier der Ausdruck „bewegliche Sachen und Wertpapiere" lediglich um der größeren Deutlichkeit willen gewählt worden und kann m. E. auch daraus, daß hier statt der Verbindung „oder" ein „und" gewählt wurde, nicht das Gegenteil geschlossen werden. Damit entfällt aber die Notwendigkeit, in dem lange und heftig geführten Streit über die größere oder geringere Ausdehnung des Begriffs „Wertpapiere" im Sinne unsres Artikels Stellung zu nehmen, denn man kann einfach mit v. Hahn[6]) sagen: „Will man die Beweisdokumente nicht zu den Wertpapieren rechnen, so fallen sie jedenfalls unter die beweglichen Sachen." Mit der obigen Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist demnach auch die herrschende und bisher auch von der Praxis in konstanter Rechtsprechung[6a]) vertretene Ansicht acceptiert, daß alle Arten von Papieren retiniert werden können, gleichviel ob sie einen selbständigen ökonomischen Wert besitzen oder nicht, ob selbst ihre Veräußerung möglich und zulässig ist oder nicht. Demnach ist die Zurückbehaltung gestattet an allen Namenspapieren und bloßen Beweis- oder Legitimationsurkunden, an Hypothekinstrumenten also auch dann, wenn landesgesetzlich die Cession oder Verpfändung derselben nicht als Cession bezw. Verpfändung der entsprechenden Forderungen gilt.[7]) Allerdings ist nicht zu leugnen, daß in solchem Fall der Retinierende von der wichtigsten, ihm sonst gemäß Art. 315 zustehenden Befugnis, nämlich auf dem Wege der Klage richterliche Verkaufsbewilligung zu erwirken, Gebrauch zu machen nicht im stande ist. Auch

[6]) Komm. II S. 176.

[6a]) Abweichend aber ein neues Erkenntnis des Reichsgerichts vom 3. Mai 1892, Bd. 29 S. 297 ff., nach welchem Papiere, die nicht selbständige Träger einer Obligation sind, nicht Gegenstand des kaufm. Retentionsrechts sein können.

[7]) cf. R.O.H.G. Bd. III S. 153 ff. Bd. VI S. 198.

vermag die an solchen Papieren ausgeübte Retention, mit der ja ein Recht bezüglich der Forderung nicht verbunden ist, ein Absonderungsrecht im Konkurs nicht zu gewähren, vielmehr darf umgekehrt die Auslieferung dieser Papiere zur Konkursmasse nicht verweigert werden, selbst wenn das Zurückbehaltungsrecht an denselben vertragsmäßig eingeräumt worden sein sollte.

2) Eigentum des Schuldners.

§ 6.

Die beweglichen Sachen und Wertpapiere können nur dann vom Gläubiger retiniert werden, wenn sie „des Schuldners" sind, also diesem eigentümlich gehören oder doch seiner rechtlichen Verfügung unterworfen sind.[1]) Es kann daher der Retentionsprätendent Sachen der Ehefrau seines Schuldners nur in so weit zurückbehalten, als dieselben nach dem maßgebenden ehelichen Güterrecht für die Verbindlichkeiten des Mannes haften.[2])

In dem Augenblick, in welchem der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht an den Retentionsobjekten ausüben will, muß das Eigentumsrecht des Schuldners an denselben existent sein. Ob der letztere auch vorher bereits Eigentümer war ist gleichgiltig, und ebenso schadet ein etwaiger späterer Verlust des Eigentums seitens des Schuldners dem Retentionsrecht des Gläubigers nicht, vorausgesetzt, daß nicht die Aufhebung des schuldnerischen Eigentumsrechtes ex tunc statt, wie regelmäßig, ex nunc wirkt. Das wäre aber z. B. der Fall beim Verfolgungsrecht des Absenders gemäß Art. 26 K.O. Denn es wird hier so angesehen, als ob der Absender das Eigentum gar nicht verloren hätte, und dies muß auch der Retentionsprätendent gegen sich gelten lassen. Aber auch wenn der Verlust des Eigentums auf einem vor der Erlangung des Retentionsrechts bestandenen und dem Gläubiger bekannt gewesenen Rechtsgrunde beruht, ist Retention nicht erlaubt.[3])

Da nur an dem Eigentum des Schuldners Zurückbehaltung möglich ist, so kann ein dritter Eigentümer von Wertpapieren,

[1]) So Goldschmidt a. a. O. § 98 N. 25; Endemann, Handbuch § 99 N. 7.
[2]) cf. R.G. Bd. 8 S 81.
[3]) So auch R.G. Bd. 12 S. 79 ff.

der diese dem Schuldner behufs Verpfändung an dessen Gläubiger geliehen hat, nach Erlöschen des Pfandrechtes die Wertpapiere vindicieren, ohne daß der Gläubiger ihm auf Grund einer Forderung, die er gegen den Verpfänder hat, die Auslieferung verweigern könnte, weil eben jener Dritte und nicht sein Schuldner Eigentümer der Papiere ist. Und zwar ist es gleichgiltig, ob er gewußt hat, daß sein Schuldner nicht der Eigentümer ist, oder ob er des Glaubens war, die Papiere gehörten wirklich dem Verpfänder, und zwar aus dem Grunde, weil Art. 306 und 307 H.G.B. als Ausnahmebestimmungen nicht vermittels ausdehnender Interpretation auf das Retentionsrecht angewendet werden könne. Nach dem klaren Wortlaut derselben ist vielmehr nur bezüglich des Eigentumserwerbs, des vertragsmäßigen Faustpfandes und des gesetzlichen Pfandsrechts der Kommissionäre, Spediteure und Frachtführer der gutgläubige Erwerb in solcher Weise geschützt.[4])

Durch die Bestimmung, daß nur Gegenstände retiniert werden können, welche dem Schuldner gehören, ist ferner ausgeschlossen, daß der Gläubiger seine eigenen Sachen, zu deren Herausgabe an den Schuldner er verpflichtet wäre, auf Grund seiner Forderungen gegen diesen zurückbehalten dürfte.

Dagegen ist die Retention an solchen Gegenständen, welche zum Teil dem Gläubiger selbst oder einen dritten und zum Teil dem Schuldner gehören und sich im Besitz des Gläubigers befinden, selbstverständlich zulässig.[5])

Wenn der Gläubiger nun Sachen, die er für Eigentum seines Schuldners hält, retinieren will und ein Dritter dieselben als ihm gehörig in Anspruch nimmt, so hat der erstere, um sich die Möglichkeit der Retention zu sichern, den Beweis dafür zu liefern, daß der Schuldner der wirkliche Eigentümer ist. Aber dem Schuldner selbst gegenüber den Nachweis zu erbringen, daß die für die Retention in Aussicht genommenen Objekte Eigentum

[4]) So die herrschende Ansicht. Abweichend nur ein Erkenntnis des Appellationsgerichtshofs zu Frankfurt a. M. vom 6. Mai 1867 in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 17 S. 196).

[5]) Andrer Ansicht nur ein Erkenntnis des Appellationsgerichtes zu Köln in der Zeitschrift f. Handelsrecht. Bd. IX S. 165.

des Schuldners sind, ist nicht Aufgabe des Gläubigers, am wenigsten, wenn jener selbst diese Objekte als ihm gehörig bezeichnet hatte[6]).

Wer ist nun aber im gegebenen Augenblick thatsächlich der Eigentümer? Diese Frage, deren praktische Bedeutung sofort einleuchtet, findet für die Wechsel und sonstigen Ordrepapiere durch Art. 36 und 74 W.O., für alle andern beweglichen Sachen durch Art. 306 und 307 H.G.B ihre Beantwortung, wo es sich um Sachen handelt, die in gutem Glauben von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erworben wurden. Außerdem sind hier noch diejenigen Landesgesetze maßgebend, welche, wie z. B. Art. 2279 fg. des Code civil, für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen entfalten[7]). In allen übrigen Fällen entscheiden die Grundsätze des Civilrechts. Von besonders einschneidender Bedeutung sind für die Beantwortung unserer Frage die verschiedenen landesgesetzlichen Bestimmungen über den Übergang des Eigentums bei Distanzgeschäften. So geht beispielsweise nach dem preußischen Landrecht[8]) das Eigentum an der verkauften Waare durch die Übergabe an den Frachtführer auf den abwesenden Käufer über, was zur Folge hat, daß der Frachtführer das Transportgut nicht wegen etwaiger Forderungen gegen den Verkäufer retinieren kann, wie er das unter Umständen im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts thun dürfte.[9])

3. Besitz des Gläubigers.

§ 7.

Während für die Zulässigkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes auf Seiten des Schuldners rechtliche Verfügungsgewalt über das Retentionsobjekt vorausgesetzt wird, ist auf Seiten des Gläubigers Besitz, d. h. thatsächliche Innehabung erforderlich, weil man nach der Natur der Sache nur das retinieren kann, was man detiniert.[1])

[6]) Vergl. Korn a. a O. S. 37.
[7]) cf. v. Hahn, Komm. zu Art. 308, Puchelt zu Art. 308.
[8]) A.L.R. I 11 § 128.
[9]) cf. R.G. Bd. 2 S. 2.
[1]) Siehe Laband a. a. O. S. 492.

Und zwar genügt nicht ein durch bloße Willensäußerung begründeter Besitz, vielmehr muß derselbe faktisch erworben worden sein[2]). Dagegen ist nicht gerade juristischer Besitz mit dem animus sibi habendi notwendig, sondern bloße Detention ist, wie allgemein anerkannt wird, völlig hinreichend, und dürfte dieser Fall sogar der regelmäßige sein. Ebenso genügt ferner wenn der Gläubiger nur überhaupt in der Lage ist, über das von ihm für die Zurückbehaltung in Aussicht genommene Objekt zu verfügen, also etwa die Dispositionspapiere in der Hand hat; körperliche, unmittelbare Innehabung ist also nicht Voraussetzung, wie vom Gesetzgeber auch ausdrücklich bestimmt worden ist. Ja selbst wenn der Gläubiger ein seiner Verfügung augenblicklich entgegenstehendes Hindernis nur mit Hilfe des Gerichts zu beseitigen in der Lage ist, kann doch von einer Unzulässigkeit der Retention keine Rede sein[3]).

Wie bereits oben ausgeführt, lag die Grundidee, welche dem Retentionsrecht im Handelsverkehr Geltung verschaffte, in der Anschauung, daß die Waaren des einen Kaufmanns, die in Händen des andern sich befänden, eine natürliche Deckung der Forderungen des letzteren gegen den ersteren bildeten, so daß also eine Art Präsumtion für die freiwillige Einräumung eines solchen Deckungsrechtes geschaffen wurde. Diese Präsumtion erscheint aber als ausgeschlossen, sobald die Waare des Schuldners nicht auf dem Wege des Handelsverkehrs oder nicht mit dem Willen d.s Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt ist, aber auch dann, wenn eine von dem Schuldner bei oder vor der Übergabe erteilte Vorschrift oder eine von dem Gläubiger übernommene Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, der Zurückbehaltung widerstreiten würde.

Demgemäß hat auch das H.G.B. die Retention von beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners ausdrücklich auf solche beschränkt, die mit seinem Willen in den Besitz des Gläubigers gekommen sind. Es darf also der Gläubiger weder

[2]) cf. R.O.H.G. Bd. 10 S. 163, Bd. 14 S. 112.
[3]) Ebenso R. O. H. G. Bd. 14 S. 112.

solche Sachen des Schuldners zurückbehalten, die er eigenmächtig an sich genommen hat, noch auch solche, die ihm ohne Zustimmung des Schuldners von einem Dritten übergeben worden sind. Dagegen ist wohl zu beachten, daß der Gesetzgeber nicht bestimmt hat, die Retentionsobjekte müßten „mit Willen und Wissen" des Schuldners in die Hände des Gläubigers gelangt sein. Es ist daher irrelevant ob jener um den Akt der Besitzergreifung bezw. den Zeitpunkt derselben gewußt hat.[4]) Ohne Einfluß ist es natürlich auch, ob die Einwilligung des Schuldners in die Übertragung des Besitzes auf den Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend, bei oder nach derselben erteilt worden ist. Ebenso selbstverständlich muß aber auch der Retinierende im Bestreitungsfalle die erfolgte Einwilligung des Eigentümers beweisen.

Wenn nun v. Hahn[5]) und Staub das Retentionsrecht auch dann ausgeschlossen wissen wollen, wenn die Übertragung des Besitzes durch den Schuldner auf wesentlichem Irrtum beruht, weil dann nicht mit seinem Willen tradiert sei, wofür ihn jedoch auch die Beweislast hinsichtlich des Irrtums trifft, so dürfte das wie Makower und Willenbücher[6]), m. E. mit Recht hervorheben, nur in so weit unbedenklich als richtig zuzugeben sein, als der Empfänger diesen Irrtum gekannt hat, oder doch kennen mußte.

Neben der Forderung, daß die Besitzerlangung des Gläubigers mit dem Willen des Schuldners geschehen sein muß, damit Retention zulässig sei, ist vom Gesetz als weitere Voraussetzung für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts die Besitzerwerbung „auf Grund von Handelsgeschäften" ausdrücklich hervorgehoben. Da im Gegensatz zu der Bestimmung, wonach die Forderung, wegen deren retiniert werden soll, aus einem zweiseitigen Handelsgeschäft hervorgegangen sein muß, hier ein zweiseitiges Handelsgeschäft nicht ausdrücklich verlangt wird, so ist die Folgerung berechtigt, daß es vollkommen genügt, wenn dasjenige Handelsgeschäft, durch welches der Gläubiger das Reten-

[4]) Prot. S. 1349, 1357; R.G. Bd. 9 S. 48; Bd. 14 S. 154.
[5]) Komm. II S. 177.
[6]) Makower, Komm. S. 399; Willenbücher Komm. (Berlin 1891) zu Art. 313.

tionobjekt in seine Detention bekommt, sich lediglich auf seiner Seite als Handelsgeschäft qualificiert[7]). Der Ausdruck „auf Grund von Handelsgeschäften" dürfte entsprechender „in Veranlassung von Handelsgeschäften" gelautet haben und kann unbedenklich in dieser Weise interpretirt werden.[8])

Was für Geschäfte als Handelsgeschäfte gelten sollen, wird durch die Art. 271 ff. bestimmt, von denen dem Art. 274 wegen der darin enthaltenen Präsumtion zu Gunsten der Geschäfte eines Kaufmanns auch für unser Rechtsinstitut ganz besondere Wichtigkeit zukommt.

Dasjenige Geschäft, vermittels dessen der Gläubiger den Besitz des Retentionsobjektes erlangt hat, braucht durchaus nicht identisch mit dem Rechtsakt zu sein, auf Grund dessen der Schuldner seinerseits den Besitz aufgegeben hatte, schon deshalb, weil es ja, wie wir gesehen haben, der Retentionsbefugnis des Gläubigers keinen Eintrag thut, wenn ihm das Retentionsobjekt von einem Dritten übergeben worden ist, vorausgesetzt, daß dies nicht ohne Zustimmung des Eigentümers geschah. Ebensowenig ist es notwendig, daß etwa das Geschäft, welches den Übergang der betreffenden Sache auf den Retentionsprätendenten vermittelt, in irgend welchem rechtlichen Zusammenhang steht mit dem Entstehungsgrund der Forderung, um derentwillen der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht ausüben will. Denn es ist ja gleichgiltig, ob zwischen der Besitzentäußerung des Eigentümers und dem Besitzerwerb des Retinirenden die Sache durch mehrere Hände gegangen ist oder nicht und ob die den Übergang herbeiführenden Rechtsakte Handelsgeschäfte waren oder nicht[9]) mit Ausnahme natürlich des letzten, weil das Gesetz nur bezüglich dieses Aktes verlangt, daß er sich als Handelsgeschäft qualifizieren müsse. Demnach ist die Waare des Schuldners auch dann retentionsfähig, wenn der Vertrag, durch den jener letzte Besitzwechsel vermittelt wurde, lediglich die Empfangnahme derselben

[7]) Diese Ansicht ist in Theorie und Praxis als die richtige acceptiert, dagegen erklärt sich nur Thöl, Handelsrecht I. 2. § 233 N. 25.
[8]) Ebenso R.O.H.G. Bd. 1 S. 284; Bd. 19 S. 372; Bd. 26. S. 60.
[9]) v. Hahn a. a. O. S. 178.

betraf[10]), oder wenn ihre Zusendung nicht in Erfüllung eines bereits geschlossenen Geschäfts, sondern nur in Erwartung des Zustandekommens eines solchen erfolgte[11]), es müßte denn sein, daß damit eine Vorschrift des Schuldners oder die Übernahme einer Verpflichtung seitens des Gläubigers verbunden wäre, welche einer etwa beabsichtigten Zurückbehaltung entgegenstehen würde.

Daß in diesem Falle die Annahme nicht gerechtfertigt erscheinen würde, es liege eine, wenn auch stillschweigend erteilte Einwilligung des Schuldners in die Benützung seiner Waaren als Deckungsmittel vor, bedarf keiner Beweisführung. Es ist daher das in Abs. 2 des Art. 313 aufgestellte Erfordernis, daß die Retention in Übereinstimmung mit der lex contractus stehen müsse, vollkommen gerechtfertigt, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß diese im Interesse der bona fides und der Sicherheit des einzelnen Kaufmanns in seinen Dispositionen liegende Bestimmung, das kaufmännische Retentionsrecht des größten Teils seiner praktischen Bedeutung außerhalb des schuldnerischen Konkurses entkleidet. Denn selten wird ein Geschäftsmann einem andern seine Waaren in Gewahrsam geben, ohne zugleich eine Disposition über deren ferneres Schicksal zu erteilen oder wenigstens den Zweck der Besitzübertragung in bestimmter Weise zu erklären, so daß, abgesehen von den Fällen des Art. 314, in welchen eine derartige vom Schuldner gegebene Vorschrift oder vom Gläubiger übernommene Verpflichtung die Zurückbehaltung nicht verbietet, die Gelegenheit zur Ausübung dieser Befugnis auch selten vorhanden sein wird.

Wenn auch der im Art. 313 Abs. 2 aufgestellte Grundsatz, in welchem man eine einfache Anwendung der replicatio doli erblicken kann, zweifelsohne nicht nur für die Fälle des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes Geltung hat, sondern ebenso auf das bürgerliche Retentionsrecht Anwendung findet[12]), so wird trotzdem hier seiner Ausübung immerhin ein größerer Spielraum gewahrt bleiben, und zwar durch den Umstand, daß

[10]) cf.. R.O.H.G. Bd. 16 S. 82.
[11]) Ebenso R.O.H.G. Bd. 10 S. 236, Endemann, Handbuch II S. 105.
[12]) Vergl. R.-G. Bd. 9 S. 295.

im gewöhnlichen Verkehr nicht so viel Vorsichtsmaßregeln getroffen zu werden pflegen als bei Kaufleuten und daß deßhalb hier weit öfter ein Gläubiger sich in der Lage sehen wird, Sachen seines Schuldners in Gewahrsam zu haben, ohne daß dieser es für nötig befunden hat, dem augenblicklichen Besitzer weitere bestimmte Anweisungen für deren Behandlung zu geben.

Ob nun in der Übergabe eines Gegenstandes zu irgend einem Zweck thatsächlich eine der Retention widerstreitende Vorschrift des Schuldners bezw. Verpflichtung des Gläubigers liegt, das muß im Streitfalle der Richter jedesmal nach Lage der Umstände sorgfältig prüfen und feststellen.

Es genügt nämlich keineswegs zur Ausschließung der Zulässigkeit der Retention, wenn der Gläubiger an sich verpflichtet wäre die Sache dem Schuldner zurückzugeben oder einem Dritten auszuliefern. So z. B. hindert die Übergabe einer beweglichen Sache als Pfand für die eine Forderung nach erfolgter Bezahlung dieser Schuld dem bisherigen Pfandgläubiger keineswegs an der Zurückbehaltung dieser Sache wegen anderer nunmehr fälliger Forderungen gegen denselben Schuldner, obwohl doch im allgemeinen der Pfandgläubiger die Verpflichtung hat, nach Tilgung der Schuld das Pfandobjekt sofort zurückzugeben. Auch liegt nicht schon eine der Retention entgegenstehende Übernahme einer Verpflichtung in der Annahme von nur mit dieser Verpflichtung offerirten Gütern, sondern es muß vielmehr eine so bestimmte Anweisung erteilt bezw. Verpflichtung übernommen worden sein, in welcher — mit einer etwaigen Zurückbehaltung unvereinbaren — Weise mit den Waaren verfahren werden solle, daß sich darin der erkennbare Wille ausspricht, es solle jedenfalls die Retention ausgeschlossen sein.[13])

Wenn der Gläubiger von seinem Schuldner Waaren käuflich geliefert erhält, dieselben aber nicht acceptiert sondern dem Absender wieder zur Disposition stellt, so hindert ihn nichts diese Waaren auf Grund einer fälligen Forderung gegen denselben zu retinieren, es sei denn, daß jener zugleich mit der Absendung der Waaren dem Empfänger ausdrücklich erklärt hätte, falls die

[13]) cf. R O H.G. Bd. 19 S. 369 ff., bes. 374.

Waare nicht conveniere, müsse sie ihm zurückgeschickt oder für seine Rechnung einem von ihm bezeichneten Kommissionär übergeben werden.[14]) So wenig aber in der Übersendung zum Zwecke und mit dem Angebote, daß die Sendung als Erfüllung gelten und angenommen werden möge, an sich schon eine Vorschrift der Rücksendung enthalten ist, so wenig kann in der Annahme einer verspäteten Sendung unter gleichzeitiger Weigerung sie als Erfüllung gelten zu lassen auch die Übernahme einer Verpflichtung zur Rücksendung gefunden werden.[15]) Anders aber liegt die Sache, wenn eine Waare auf Probe geliefert worden ist (Art. 339 H.G.B.) und die Genehmigung des vorgeschlagenen Kaufs vom Empfänger abgelehnt wird. Hier muß er die Waare ohne weiteres zurückschicken und ist von einer Zurückbehaltung keine Rede, denn in solchem Falle übernimmt der Empfänger zweifellos, wenn auch stillschweigend die mit der Retention unvereinbare Verpflichtung der Rücksendung der Waare, wenn er sie nicht genehmigen sollte.[16]) Wenn ein Kaufmann als Bevollmächtigter eines andern Kaufmanns für diesen Waaren von einem Frachtführer entgegennimmt, so kann er an diesen Waaren wegen einer ihm gegen seinen Vollmachtgeber zustehenden kaufmännischen Forderung das Retentionsrecht ausüben, vorausgesetzt natürlich, daß diese Entgegennahme der Waaren nicht auf Grund einer Dienstpflicht erfolgt, weil dann dem Bevollmächtigten in seiner Stellung als Handlungsgehilfen seines Vollmachtgebers diesem gegenüber die Kaufmannseigenschaft nicht zusteht, wie bereits (S. 15) dargelegt wurde. Kommissionäre, Spediteure und Frachtführer dürfen sich an das ihnen anvertraute Gut nur in soweit halten, als ihr gesetzliches Pfandrecht reicht, wegen anderweitiger Forderungen gegen den Absender aber die Erfüllung

---

[14]) Übereinstimmend Erk. des rhein. App.-Ger.-Hofs vom 14. Dez. 1864 in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. IX S. 171, dagegen ein Urteil des Stadtgerichts zu Frankfurt a. M. in Busch's Archiv Bd. IV S. 453.

[15]) So R.G. Bd. 26 S. 58. Damit wird also dem Käufer an der von ihm wegen verspäteter Erfüllung zurückgewiesenen, aber auf Lager genommenen Waare ein Retentionsrecht zugesprochen.

[16]) Vergl. die Entscheidung in Buschs Archiv Bd. VIII S. 78. f. auch v. Hahn, Komm. II S. 184.

der von ihnen übernommenen Pflicht zur Ablieferung der Güter auf keinen Fall verweigern. Handelt es sich um verkaufte Waaren, so kann im Gebiete des preußischen Landrechts hievon schon aus dem Grunde keine Rede sein, weil ja dort, wie schon erwähnt (S. 21), das Eigentum an der verkauften Waare bereits mit der Übergabe an den Frachtführer auf den Käufer übergeht. Ist aber das Fracht- oder Speditionsgut vom Destinatär nicht angenommen worden, so daß es dem Absender wieder ausgeliefert werden müßte, oder ist das Kommissionsgut ohne Schuld des Kommissionärs unverkauft geblieben und verlangt der Kommitent seine Rückgabe, so steht selbstverständlich der Geltendmachung eines Retentionsrechts gegenüber dem Absender bezw. dem Kommittenten nichts im Wege.[17])

Wie der Wortlaut des Abs. 2 Art. 313 erkennen läßt, steht die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung schlechthin der Ausübung eines Retentionsrechts entgegen, gleichgiltig ob dieselbe bei oder nach der Besitzerlangung des Gläubigers eingegangen wurde, wogegen die einseitige Vorschrift des Schuldners nur dann diese Eigenschaft besitzt, wenn sie vor oder bei dem Übergang des Retentionsobjekts in den Gewahrsam des Retentionsprätendenten erteilt wurde und zwar natürlich nicht so lange vor diesem Übergang, daß er mit jener nicht mehr in innerem Zusammenhange steht.[18])

Wenn v. Hahn die Zurückbehaltung auch schon dann ausgeschlossen wissen will, wenn die Vorschrift des Schuldners überhaupt nur von der Fälligkeit der Forderung, also gegebenen Falls auch erst nach der Uebergabe der Waare, erteilt worden ist, so widerspricht dies dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung, wonach nur die vor oder bei der Übergabe erfolgte Anweisung die Wirkung hat, eine etwa beabsichtigte Retention zu verhindern. Abgesehen hievon ist auch der von Goldschmidt[19]) gegen v. Hahns Ansicht erhobene Einwand zweifellos zutreffend, daß das Retentionsrecht ja auch für nicht fällige Forderungen bestehe, wenn es

[17]) Laband a. a. O. S. 494.
[18]) cf. Prot. S. 4577 ff. und 5074.
[19]) a. a. O. S. 1045 Note 56.

auch regelmäßig erst nach Eintritt der Fälligkeit ausgeübt werden dürfe. Diese Behauptung erhält auch durch die vom Gesetzgeber gewählte Fassung: „Dieses Recht tritt jedoch nicht ein", indirekt eine Bestätigung, denn diese Wendung kann nur den Sinn haben, daß das Retentionsrecht zwar existiere, aber nicht ausgeübt werden könne, wenn die in Abs. 2 aufgeführten Thatsachen vorliegen.

C. Bezüglich der Forderungen.

§ 8.

Retinieren kann jemand das Eigentum eines andern selbstverständlich nur dann, wenn er von letzterem etwas zu fordern hat. Nicht jede Forderung ist aber geeignet, für den Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, vielmehr nur solche, bei denen gewisse gesetzlich normierte Eigenschaften vorliegen.

Das gemeine Recht und mit ihm die meisten Landesrechte fordern in erster Linie Konnexität zwischen dem Anspruch des Gläubigers, auf Grund dessen dieser retiniren will, und dem Anspruch des Schuldners, durch dessen vorläufige Nichtbefriedigung ersterer sein Zurückbehaltungsrecht auszuüben gedenkt.

Das Handelsgesetzbuch dagegen hat dieses Erfordernis fallen lassen, es verlangt aber gleichfalls das Vorhandensein einer gewissen Beziehung zwischen den beiden Ansprüchen, auf deren gleichzeitigem Vorhandensein die Existenz des Retentionsrechts beruht.

Die Konnexität ist ein vielumstrittener Begriff, der bald enger und bald weiter gefaßt wird; fest steht nur das eine, daß mit dieser Voraussetzung die Existenz eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen der Forderung, auf welche gestützt der Gläubiger sich weigert, den Anspruch des Schuldners zu erfüllen, und diesem letzteren Anspruch verlangt wird. Im Gegensatz hiezu ist es ein thatsächlicher Zusammenhang zwischen den beiden Obligationen, der vorhanden sein muß, um die Zurückbehaltung nach dem Handelsgesetzbuch zu ermöglichen: es muß nämlich die Verpflichtung des Schuldners aus einem zwischen ihm und seinen Gläubigern

abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft hervorgegangen sein und gleichzeitig auch sein Anspruch dergestalt mit dem Geschäftsverkehr zwischen beiden in Verbindung stehen, daß die beweglichen Sachen oder Wertpapiere, die er als sein Eigentum von seinem Gläubiger zu reklamieren berechtigt ist, mit seinem Willen und durch Vermittlung von Handelsgeschäften in den Besitz der Retentionsprätendenten gelangt sein müssen.

Die Voraussetzung des Vorhandenseins dieser thatsächlichen Beziehung bildet einerseits einen vollgiltigen Ersatz für die vom gemeinen Recht geforderte Konnexität, also rechtliche Beziehung zwischen den jeweiligen beiderseitigen Ansprüchen und andrerseits einen ausreichenden Schutz der Interessen der dem Kaufmannsstande nicht angehörigen Kreise der Bevölkerung.

Dadurch, daß die beiden einander gegenüberstehenden Verbindlichkeiten ihre Grundlage in dem Geschäftsverkehr der Parteien haben müssen, besteht zwischen ihnen jedenfalls derjenige Zusammenhang, der sich bei einem umfassenden Verkehr naturgemäß zwischen den einzelnen Geschäften und somit auch zwischen den einzelnen und hieraus resultierenden Ansprüchen ergiebt, so daß man diese in erweitertem Sinne auch als konnex bezeichnen kann. Bei fortdauernder Geschäftsverbindung, vor allem also beim Kontokorrentverhältnis, ist dies leicht zu erkennen. Aber auch wenn aus einzelnen Handelsoperationen der beiden Parteien Verbindlichkeiten für beide erwachsen, gilt dasselbe, wenn es auch nicht in gleich deutlicher Weise in Erscheinung tritt.

Durch die Bestimmung, daß das Geschäft, dem der Gläubiger seinen Anspruch verdankt, zwischen diesem und dem Schuldner abgeschlossen sein muß, wird denjenigen Forderungen des ersteren, welche er von dritter Seite erworben hat, also vor allem den an ihn cedirten Forderungen die Möglichkeit genommen, als Grundlage für eine etwa beabsichtigte Zurückbehaltung zu dienen, gerade so wie durch die Vorschrift, daß die jenen Anspruch erzeugende Thatsache in einem Handelsgeschäft bestehen muß, verhindert wird, daß der Gläubiger vielleicht eine auf dem Wege des Erbgangs oder in ähnlicher Weise ihm gegen den Schuldner erwachsenen

Forderung zur Rechtfertigung einer Zurückbehaltung von Sachen desselben gebraucht.

Es ergiebt sich nun zwar aus den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz[1]), daß nicht alle cedirten Forderungen des Schutzes des Art. 313 entbehren sollten. Denn nach der von der Redaktionskommission ausgesprochenen Ansicht sollte die Retention auch dann zulässig sein „wenn die Veranlassung zu dem Erwerb der cedirten Forderung ein zwischen dem Cessionar und Debitorcessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war"[2]). Aber abgesehen von der demnächst zu erörternden Übertragung einer Forderung durch Indossament, worin ja eine eigentliche Cession nicht zu erblicken ist, da der Indossatar als unmittelbar mit jedem aus dem Ordrepapier Verpflichteten contrahierend angesehen wird, kann in keinem Falle wirklicher Cession einer Forderung die Befugnis zur Retention beansprucht werden, ohne daß damit dem Wortlaut des Gesetzes ebenso widersprochen würde, wie dies durch die Interpretation der Redaktionskommission geschehen ist. Wolff[3]) geht sogar noch weiter als diese, indem er das Retentionsrecht für jede im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr auf den Gläubiger übertragene von diesem bona fide, nicht lediglich aus dem Grunde, weil er ja Deckung in Händen hatte, erworbene Forderung als begründet erachtet. Wenn man selbst den dieser Theorie ganz und gar widersprechenden Wortlaut des Gesetzes unberücksichtigt läßt, so bedarf es nur des Hinweises darauf, wie unendlich schwer dem Schuldner der Beweis dafür, daß der Gläubiger sich diese Forderung deshalb cediren ließ, weil er bereits die Deckungsmittel in Besitz hatte, gelingen würde, um die Unhaltbarkeit der Ansicht Wolffs erkennen zu lassen.

Die Retentionsbefugnis kann somit weder selbständig auf einen andern übertragen, noch zugleich mit der Forderung cedirt werden, sie geht auch nicht von selbst bei der Übertragung einer solchen auf den Cessionar über und ebensowenig kann sie um

[1]) Eine ausführliche Wiedergabe der Konferenzverhandlungen s. bei Goldschmidt a. a. O. S. Note 39; Puchelt, Komm. zu Art. 313 Note 54; Korn a. a. O. S. 54 ff.
[2]) cf. Prot. S. 1350 ff., 1421 f.
[3]) Busch's Archiv Bd. III S. 269.

einer von dritter Seite an den Gläubiger cedirten Forderung willen entstehen.[4]) Denn in keinem dieser Fälle liegt das vor, was der Gesetzgeber verlangt: ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossenes Geschäft, sondern jedesmal entsteht die Forderung des ersteren gegen den letzteren durch Vermittlung zweier Geschäfte, von denen das eine zwischen dem Schuldner als debitor cessus und einem Dritten, das zweite zwischen diesem als Cedenten und dem Gläubiger als Cessionar zum Abschluß gelangte.

In denjenigen Fällen aber, wo der Schuldner durch Vertrag die Verbindlichkeit eines Dritten dessen Gläubiger gegenüber oder seine eigene Schuld einem andern Gläubiger gegenüber übernommen hat, überhaupt wo eine wirkliche Delegation vorliegt, steht der Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nichts im Wege[5]).

Ebenso entspricht vollständig dem vom Gesetzgeber aufgestellten Erfordernis das zwischen dem Indossatar eines Wechsels oder andern Ordrepapiers und jedem der hieraus Verpflichteten, oder zwischen dem Besitzer und dem Aussteller eines Inhaberpapieres, sich ergebende Verhältnis, vorausgesetzt natürlich, daß das Papier vermittels Handelsgeschäfts vom Schuldner ausgestellt bezw. indossirt worden ist und der Gläubiger seinerseits dasselbe auf Grund eines Handelsgeschäftes von seinem Vormann erhalten hat. Es wird dies aber auch regelmäßig der Fall sein, da diese beiden Rechtsakte vermöge der in Art. 274 vom Handelsgesetzbuch aufgestellten Präsumtion bei der sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger erforderlichen Kaufmannseigenschaft von vornherein als Handelsgeschäfte gelten.

Der debitor cessus einer Forderung wird allerdings durch die Cession dem neuen Gläubiger gegenüber verpflichtet, dieser aber leitet sein Forderungsrecht von dem des Cedenten ab, während der Inhaber eines au porteur ausgestellten Papiers und ebenso der Indossatar eines Ordrepapiers selbständig, ohne

[4]) cf. R.O.H.G. Bd. 5 S. 304, Bd. 10 S. 162. R.G. Bd. 18 S. 234.

[5]) So Laband a. a. O. S. 491.

sich auf den früheren Besitzer bezw. Indossanten oder Aussteller als Rechtsnachfolger berufen zu müssen, seine Forderung geltend machen kann, da der Aussteller eines solchen Papiers, ebenso wie der Acceptant oder Indossant bei einem Ordrepapier, durch den von ihm vorgenommenen Rechtsakt sich gegenüber jedem Inhaber bezw. durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten zur Zeit der Fälligkeit als rechtmäßigen Besitzer legitimirten Indossatar sich zur Zahlung der in dem Papier genannten Summe verpflichtet. Man kann daher zwischen einem aus solcher Urkunde berechtigten und dem daraus Verpflichteten ein direkt abgeschlossenes Rechtsgeschäft annehmen, so daß dem vom Handelsgesetzbuch aufgestellten Erfordernis, die Forderung, um derentwillen das kaufmännische Retentionsrecht ausgeübt werden soll, müsse aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft entsprungen sein, in diesen Fällen vollständig Genüge geleistet sein dürfte[6]).

Da das kaufmännische Retentionsrecht ein Sicherungsmittel des Gläubigers bedeutet, das ihm ermöglicht, mit Hilfe des in seinen Händen befindlichen schuldnerischen Eigentums die Befriedigung seiner Forderung zu erzwingen, und so der Unbilligkeit begegnet, daß der Schuldner etwa seinen Anspruch durchsetzen möchte, ohne seinerseits Verbindlichkeiten zu erfüllen, so wäre es umgekehrt unbillig, wenn der Schuldner, so lange die Forderung des andern noch bedingt oder betagt, also noch nicht fällig ist, schon durch Retention seitens desselben zu ihrer Erfüllung gezwungen werden könnte.

Mit Recht hat daher der Art. 313 die Ausübung des Retentionsrechts von der Fälligkeit der Forderung abhängig gemacht[7]). Es darf also in dem Augenblick, in welchem der Gläubiger die Herausgabe der beweglichen Sachen oder Wertpapiere des Schuldners verweigert oder, wenn eine solche Weigerung nicht vorausgegangen ist, die Anzeige der beabsichtigten Zurückbehaltung durch Insinuation der Klage auf Verkaufsbe-

[6]) Ebenso Goldschmidt I, 2. S. 1030 f., Thöl I, 2. S. 123, Korn S. 57f. und die Kommentatoren. — Anderer Meinung ohne stichhaltigen Grund Laband a. a. O. S. 491.

[7]) Vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 1041.

willigung dem Schuldner zukommen läßt, seine Forderung weder bedingt noch betagt sein.

Die Entscheidung der Frage nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit einer Forderung bietet nur Schwierigkeiten, wenn es sich um eine solche handelt, die der Acceptant eines nicht auf Schuld trassierten Wechsels gegen den Aussteller hat. Ist auf Schuld trassiert worden, so hat der Acceptant ja keine Forderung, weil dadurch vielmehr eine Forderung des Ausstellers gegen ihn getilgt wird. Im andern Falle aber kommt es darauf an, ob auf Kredit trassiert worden ist oder nicht, denn ersterenfalls liegt darin, daß der Bezogene acceptiert, eine Kreditierung des ihm durch das Accept sonst gegen den Trassanten erwachsenen Anspruchs auf Deckung und zwar bis zur Zahlung des Wechsels, während er dann, wenn er nicht auf Kredit acceptiert hat, sofort mit der Annahme einen fälligen Anspruch gegen den Aussteller hat, nämlich darauf, daß dieser ihm die zur Zahlung des Wechsels nötigen Mittel zur Verfügung stellt, für welche Forderung die in seinen Händen befindlichen Waaren ihm auf Grund des kaufmännischen Retentionsrechts als Deckung dienen können, wenn er auch nicht, wie v. Hahn der Konferenz vorschlug, ein gesetzliches Pfandrecht an denselben erhalten hat.[8])

Andere Voraussetzungen als die beiden bisher besprochenen hat der Gesetzgeber für die Forderung, auf Grund deren retiniert werden soll, nicht aufgestellt, insbesondere bedarf es hier so wenig als im gemeinen Recht der Liquidität derselben als eines materiellen Erfordernisses zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes. Auch wird weder Bescheinigung der Forderung durch den Gläubiger, noch ein Verzug des Schuldners verlangt. Gleichgiltig ist ferner, worin die Forderung des Gläubigers besteht, ob in dem Anspruch auf Leistung einer Geldsumme oder irgend einer andern Sache oder auch auf Handlungen, wie z. B. die Abgabe einer Erklärung oder ähnliche, nur natürlich nicht auf Leistung einer Immobilie, da ja die Forderung, wie oben ausgeführt, aus Handelsgeschäften entstanden sein muß und die Verträge über unbewegliche Sachen

[8]) Prot. S. 1339.

bekanntlich nicht die Eigenschaft von Handelsgeschäften besitzen können.

Auch darauf kommt es nicht an, ob die Verbindlichkeit des Schuldners vor oder nach dem Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger die von ihm zurückbehaltenen Sachen desselben in seinen Besitz bekommen hat, fällig geworden ist.

Die Höhe der Forderung endlich spielt nur dann eine Rolle, wenn das Retentionsobjekt ein teilbares ist und sein Wert den der Forderung übersteigt, weil in diesem Falle nur ein dem Betrag der letzteren entsprechender Teil des schuldnerischen Eigentums vom Gläubiger retiniert werden darf. Denn es gilt bei dem schwächeren und teilweise andere Zwecke verfolgenden Rechtsinstitut des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nicht der dem Pfandrecht eigentümliche Grundsatz „pignoris causa individua est". Ist also das Rententionsobjekt teilbar, so muß der Gläubiger, wenn er vom Schuldner auf Herausgabe desselben verklagt wird oder seinerseits Klage auf Verkaufsbewilligung erhebt, zur Begründung seiner Rententionsbefugnis auch die Höhe der Forderung nachweisen.

3. Abschnitt.

Voraussetzungen bei anormaler Vermögenslage des Schuldners.

§ 9.

Die bisher aufgeführten und erörterten Voraussetzungen, unter denen die Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes rechtlich zulässig ist, lassen sich von einem andern Gesichtspunkt aus in zwei Gruppen scheiden:

Die eine derselben umfaßt diejenigen, ohne deren Vorhandensein das Retentionsrecht selbst nicht existent werden kann, womit natürlich eine Ausübung desselben ausgeschlossen ist, während die zweite Gruppe aus den Voraussetzungen besteht, deren Fehlen zwar nicht das Recht an und für sich ausschließt, aber seine Ausübung hindert, wenigstens so lange, als nicht in der Vermögenslage des Schuldners eine Änderung eintritt, die eine Erleichterung der Zulässigkeit derselben als wünschenswert und sogar notwendig erscheinen läßt.

Diese Gruppe von Voraussetzungen setzt sich zusammen aus derjenigen der Fälligkeit der Forderung und der Übereinstimmung mit der lex contractus.

Wie bereits des Näheren ausgeführt, entsprechen diese beiden Erfordernisse, so sehr sie auch das Anwendungsgebiet des Retentionsrechts vermindern, doch vollständig der für die Ausübung dieses Rechtes in der Handelswelt ausschlaggebenden Intention, wonach dasselbe lediglich der Sicherung des Kredits und damit der Förderung des Verkehrs zu dienen bestimmt ist. So lange nämlich ein Kaufmann bei seinen Geschäftsfreunden Kredit genießt, verbietet es deren eigenstes Interesse, die Verbindung mit ihm selbst zu stören, wie es durch Zurückbehaltung seiner Waaren geschehen würde. In dem Augenblick aber, wo seine Vermögenslage die Befürchtung begründet erscheinen läßt, daß er seinen Verpflichtungen gegen seine Gläubiger nachzukommen nicht mehr in der Lage ist, liegt auch für diese kein Grund mehr vor, seinen Kredit zu schonen und die Geschäftsverbindung mit ihm aufrecht zu erhalten. Dasjenige, was unter normalen Verhältnissen eine unberechtigte Chikane bedeuten würde, wird hier zur gebieterischen Pflicht der Selbsterhaltung.

Es ist daher vollständig gerechtfertigt, wenn Art. 314 H.G.B. beim Vorliegen gewisser Umstände, durch welche der Gesetzgeber den Beweis der Zahlungsunfähigkeit oder doch Unsicherheit des Schuldners für erbracht ansieht, die beiden Voraussetzungen fallen läßt, ohne deren Vorhandensein sonst eine Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nicht zulässig ist. Diese Voraussetzungen sind, wie bereits erwähnt, die der Fälligkeit der Forderung und die der Übereinstimmung mit der lex contractus. Da durch diese Erfordernisse die Möglichkeit der Ausübung des kaufmännischen Retentionsrechtes bei normaler Vermögenslage des Schuldners auf ein Minimum beschränkt wird, so erlangt dasselbe in den Fällen des Art. 314, wie billig, seine eigentliche praktische Bedeutung.[1])

Obwohl also die Retention nach Art. 314 in der Praxis sich als der häufigste und sogar regelmäßige Fall derselben dar-

[1]) Vergl. auch die Ausführungen Labands a. a. O. S. 495 fg.

stellt, so muß er doch gegenüber dem in Art. 313 als Normalfall aufgestellten als Ausnahme angesehen werden, was zur Folge hat, daß die Bestimmungen des ersteren Art. strikt interpretiert werden müssen, also eine analoge Anwendung derselben unzulässig ist. Da nun das Gesetz das Vorhandensein der genannten Voraussetzungen nur dann für unnötig erklärt, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder eine Exekution in sein Vermögen fruchtlos vollstreckt worden ist[2]), so genügt der Nachweis des Vorliegens anderer, als einer dieser drei Thatsachen, auch wenn aus denselben eine Unsicherheit oder gar Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sich mit Gewißheit ergeben würde, nicht, um die Ausübung des Retentionsrechts in dieser erleichterten Weise zu ermöglichen, während andrerseits die Waaren des Schuldners auch vor Fälligkeit der Forderung und im Widerspruch mit der lex contractus zurückbehalten werden dürfen, wenn trotz des Eintritts eines der in Art. 314 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Umstände die Zahlungsfähigkeit desselben außer Frage ist.

Eine Folge des eben aufgestellten Grundsatzes ist es, daß der Gläubiger nicht schon dann der vom Schuldner bei der Übergabe erteilten Vorschrift zuwiderhandeln darf, wenn die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners zwar mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, aber noch nicht erfolgt ist.[3])

Die Übernahme einer der Retention widersprechenden Verpflichtung hindert bei Unsicherheit des Schuldners die Zurückbehaltung auch dann nicht, wenn diese Uebernahme selbst oder der Uebergang der betreffenden Sache auf den Gläubiger erst nach geschehener Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung bezw. fruchtlos vollstreckter Exekution eingetreten ist, nur darf der Gläubiger nicht von diesen Thatsachen Kenntniß gehabt haben und trotzdem eine solche Verpflichtung eingegangen sein. Diese Einschränkung

[2]) Die vierte dieser in Art. 314 aufgeführten Thatsachen kommt seit dem R.G. vom 29. Mai 1868, betr. die Aufhebung der Schuldhaft, nicht mehr in Betracht, weil in Gemäßheit desselben ein Personalarrest wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit nicht mehr erwirkt werden kann.

[3]) cf. R.G. Bd. 3 S. 113.

ist zwar vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich ausgesprochen, sie ist aber ganz selbstverständlich, denn es würde gegen das Fundament des Handelsverkehrs, gegen Treue und Glauben verstoßen, wenn derjenige, der trotz der ihm bekannten Unsicherheit des Schuldners diesem ohne Deckungsmittel kreditiert hat, dann unter Berufung auf diese Unsicherheit die ihm später in die Hände gefallenen Waaren seines Schuldners als Deckungsmittel benutzend seiner Verpflichtung zuwiderhandeln wollte. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Gläubiger erst nach dem Eintritt einer der drei genannten Unsicherheitssymptome überhaupt eine Forderung gegen den Eigentümer der in seinem Gewahrsam befindlichen Waaren erhält.

Treten aber zwei dieser Thatsachen nach einander oder die erste derselben später noch einmal ein, so hat dieses neue Ereignis für die vor ihm und nach dem ersteren entstandenen Forderungen dieselbe Wirkung wie jenes vorausgegangene für die vor ihm entstandenen, daß sie nämlich nicht fällig zu sein brauchen, damit ihretwegen retiniert werden dürfte, und daß letzteres auch gegen übernommene Verpflichtung oder erteilte Vorschrift geschehen kann[4]).

IV. Teil.

Art und Wirkungen der Ausübung des kaufmännischen Retentionsrechts.

A. Im Allgemeinen.

§ 10.

In dem Augenblick, in welchem die bisher besprochenen Voraussetzungen sämtlich vorliegen, erhält der Gläubiger das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Natürlich bleibt es vollkommen ihm überlassen, ob er dasselbe geltend machen will oder nicht. Es findet daher eine Berücksichtigung des Retentionsrechts von amtswegen nicht statt[1]).

Die Art und Weise nun, wie er von seiner Befugnis Ge-

[4]) Puchelt, Komm. zu Art. 314 N. 2; ebenso Korn a. a. O. S. 71.
[1]) R.G. Bd. II S. 74.

brauch machen kann, und die Wirkungen, welche sich an ihre Ausübung knüpfen, bedürfen einer genaueren Darlegung.

Das Retentionsrecht des H.G.B. enthält, wie aus Art. 315 hervorgeht, eine doppelte Befugnis, deren erste, wie im bürgerlichen Recht, einfach darin besteht, daß der Gläubiger sich weigern kann, das Eigentum des Schuldners diesem oder in Gemäßheit einer Disposition desselben einem Dritten herauszugeben, während die zweite ihm die Sachen des Schuldners als Executionsobjekt zuweist. Diese dem nach gemeinem Recht Retinierenden nicht verliehene Berechtigung ist es, welche dem seiner Natur nach nicht pfandrechtlichen Institut die Wirkungen eines solchen und damit seine eigentliche praktische Bedeutung verleiht.

Die Zurückbehaltung des schuldnerischen Eigentums seitens des Gläubigers kann so lange fortgesetzt werden, bis der Schuldner den Anspruch des Gläubigers befriedigt oder wenigstens genügende Sicherheit für dessen Befriedigung leistet. Dieser Anspruch wächst übrigens während der Retention um die notwendigen oder nützlichen durch dieselbe veranlaßten Auslagen, also für Erhaltung und Aufbewahrung der Retentionsobjekte, wie z. B. Lagergeld u. dgl., und zwar ist der Schuldner — selbstverständlich nur, so lange die Zurückbehaltung eine rechtmäßige ist — zum Ersatz solcher Auslagen verpflichtet, gleichgiltig ob der vom Retinierenden gemachte Aufwand ausschließlich im Interesse des Eigentümers der Objekte oder zugleich auch im eigenen Interesse erfolgte.[2])

Die Ausübung des kaufmännischen Retentionsrechtes unterliegt einer Reihe von Beschränkungen, die seinem Mißbrauch vorbeugen und Chikane möglichst hintanhalten sollen. Dieselben finden sich teils in Art. 315 selbst ausdrücklich dem Retinierenden auferlegt, teils müssen sie aus dem allgemein für das Handelsgesetzbuch maßgebenden Grundsätzen gefolgert werden.

Daß der Gläubiger, der Sachen des Schuldners retiniert, dabei gerade wie der Pfandgläubiger bei der Aufbewahrung der Retentionsobjekte für omnis culpa haftet, also gemäß Art. 282

[2]) cf. Urt. des O.A.G. zu Kassel in Seufferts Archiv Bd. 17 Nr. 152; R.G. Bd. II S. 74.

H.G.B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden muß, ist selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Ausführung. Natürlich kann ein Verschulden des Retinenten in dieser Beziehung nicht den Verlust des Zurückbehaltungsrechtes bewirken, sondern nur eine Verpflichtung zum Schadenersatz herbeiführen, es müßte denn sein, daß durch dieses Verschulden das retinierte Eigentum des Schuldners unterginge, was allerdings auch das Erlöschen der Retentionsbefugnis zur Folge hätte. Aber dieses letztere Resultat kann natürlich nicht als Strafe für den Gläubiger, sondern nur als selbstverständliche Wirkung des Wegfallens einer der wesentlichen Voraussetzungen für die Existenz des Zurückbehaltungsrechtes angesehen werden, nämlich der Voraussetzung, daß der Gläubiger nur retinieren kann, was er detiniert. Dieselbe Folge für den Gläubiger hat dann auch der unverschuldete Untergang des Retentionsobjekts: die Möglichkeit sein Zurückbehaltungsrecht auszuüben geht verloren. Nur braucht er natürlich keine Entschädigung zu leisten, vorausgesetzt, daß ihn nicht ein besonderer Umstand auch für Zufall haftbar macht.[3])

Die Entschädigungspflicht erstreckt sich selbstverständlich gemäß Art. 283 H.G.B. nicht nur auf den dem Schuldner thatsächlich erwachsenen Schaden, sondern auch auf den ihm entgangenen Gewinn.

Eine weitere von Art. 315 nicht ausgesprochene, aber aus der Natur des Rechtsinstituts zu folgernde Vorschrift für die Art und Weise, wie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden darf, ist die bereits (S. 37) erörterte, daß bei Teilbarkeit des Retentionsobjekts — anders als beim Pfandrecht — nur ein der Forderung entsprechender Teil desselben den Gegenstand der Zurückbehaltung bildet.

Außer diesen aus den allgemeinen Grundsätzen des Handelsrechts zu folgernden Beschränkungen der Retentionsbefugnis des Gläubigers sind von Art. 315 selbst noch weitere Bestimmungen getroffen, welche den gleichen Zweck verfolgen.

Damit nämlich der Schuldner nicht durch eine unerwartete

[3]) Laband a. a. O. S. 498.

Anwendung des Retentionsrechtes in seinen Dispositionen plötzlich gehemmt werde und so möglicher Weise einen unverhältnismäßig großen, mit dem Ziel der Retention unvereinbaren Schaden erleide, wird dem Gläubiger in allen Fällen in denen er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, also sowohl in denjenigen des Art. 313, wie des Art. 314, die Verpflichtung auferlegt, den Schuldner ohne Verzug von der Ausübung zu benachrichtigen.

Eine Voraussetzung, von deren Erfüllung die Ausübung selbst abhängen würde, wie bei den in den vorhergehenden §§ besprochenen, ist in dieser Benachrichtigung nicht zu erblicken, ihre Unterlassung hat also den Verlust der Retentionsbefugnis nicht zur Folge, wohl aber verpflichtet sie den Gläubiger zum Ersatz des hieraus dem Schuldner etwa erwachsenden Schadens.[4])

Die Anzeigepflicht bezieht sich übrigens nicht auch auf eine etwaige Avisierung des Schuldners von dem bevorstehenden oder dem bereits erfolgten Verkauf der Retentionsobjekte, andrerseits aber ist sie natürlich nicht nur nötig, wenn der Gläubiger von seinem Zurückbehaltungsrecht durch Verkauf der Gegenstände, sondern auch schon dann, wenn er lediglich durch ihre Nichtherausgabe von demselben Gebrauch macht.

Da eine bestimmte Form der Benachrichtigung vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben ist, so kann dieselbe schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erfolgen, so daß also schon in der Verweigerung der Herausgabe, soferne ersichtlich ist, daß sie sich auf das Retentionsrecht und nicht etwa einen anderen Anspruch — z. B. daß er selbst Eigentümer sei — stützt, eine Benachrichtigung des Schuldners im Sinne des Art. 315 erblickt werden muß.

Während dem Pfandgläubiger die Anzeigepflicht nur soweit thunlich auferlegt ist[5]), d. h. also, so weit es nach den Umständen des Falles und in Rücksicht auf das Interesse des Schuld-

[4]) Dies ist in Theorie und Praxis anerkannt (s. z. B. R.G. Bd. 10 S. 237; Bd. 15 S. 366); vergl. auch Endemann, Handbuch II § 183 N. 9: Die Anzeige ist nicht absolute Vorbedingung zur Klageerhebung, sondern nur etwa im Sinne der Mahnung.

[5]) Art. 310 H.G.B.

ners ohne Aufwendung außerordentlicher Mühe und Kosten geschehen kann[6]), muß der Retentionsgläubiger unbedingt den Schuldner benachrichtigen, wenn er sich nicht, wie oben ausgeführt, schadenersatzpflichtig machen will.

Um zu einer richtigen Auslegung des Ausdrucks „ohne Verzug" zu gelangen, muß man sich vor allem vergegenwärtigen, daß es sich hier um eine Retentionsbefugnis, nicht um eine Retentionspflicht handelt, was besagen will, daß nicht der Zeitpunkt, wo der Gläubiger zur Ausübung seines Rechtes zu schreiten in der Lage ist, sondern der Augenblick, wo er den Entschluß faßt, von seiner Befugnis Gebrauch zu machen, für die Entscheidung darüber, ob die Benachrichtigung „ohne Verzug" erfolgt ist, maßgebend sein muß. Wenn nun die so bezeichnete Anzeigefrist von dem Moment ab gerechnet wird, in welchem er die Detention nur noch in der Absicht zu retinieren fortzusetzen beschlossen hat, so richtet sich ihre Ausdehnung nach den weiteren Absichten des Gläubigers, so daß also, falls er sein Retentionsrecht dadurch auszuüben gedenkt, daß er sofort Klage auf Verkaufsbewilligung erhebt, der Schuldner so frühzeitig zu benachrichtigen ist, daß er noch Zeit hat, den Verkauf durch Befriedigung des Gläubigers oder Sicherheitsleistung abzuwenden. Natürlich kann in diesem Fall auch schon in der Zustellung der Klage an den Schuldner die rechtzeitige Anzeige gefunden werden. Beabsichtigt der Retentionsprätendent jedoch vorerst lediglich, das Eigentum des Schuldners nicht herauszugeben, so genügt er der Vorschrift, wenn er denselben einfach so schnell avisiert, als es — mit Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse — nach allgemeiner kaufmännischer Ansicht geschehen muß, damit er nicht als nachlässiger Kaufmann erscheint.

Wenn Laband[7]) im Gegensatze zu der hier vertretenen herrschenden Meinung die Ansicht vertritt, es sei kein Zeitpunkt zu finden, in welchem ein Verzug des Gläubigers beginnen könne, weil einerseits der Zeitpunkt der Entschließung zur Ausübung der Retention seinem freien Ermessen anheimgestellt sei und

[6]) So v. Hahn, Komm. zu Art. 310 § 12.
[7]) a. a. O. S. 498.

andrerseits der Schuldner durch Insinuation der Klage selbst noch rechtzeitig die Benachrichtigung von der Ausübung des Retentionsrechts erhalte, so ist dem folgendes entgegenzuhalten: Der Zeitpunkt der Entschließung ist durchaus nicht, wie diese selbst, dem freien Ermessen des Gläubigers anheimgestellt, sondern als äußerster Termin dafür ist der Eintritt derjenigen Thatsache zu erachten, die ihn zwingen würde, den Besitz der Retentionsobjekte aufzugeben, wenn er nicht gerade die Ausübung des ihm zustehenden Retentionsrechtes beschließt. Diese Thatsache aber ist zu finden in dem Verlangen des Schuldners auf Herausgabe seines Eigentums, sei es an ihn selbst oder an einen Dritten, aber auch in dem bloßen Fälligwerden des Restitutionsanspruchs des Schuldners, ohne daß es seiner Aufforderung bedarf.[8]) Außerdem gilt die Vorschrift der unverzüglichen Benachrichtigung zweifellos nicht nur für den Fall, daß der Gläubiger sein Retentionsrecht auf dem durch die Klageerhebung bezeichneten Wege ausüben will, sondern auch, wenn er lediglich durch Nichtherausgabe der Objekte von seinem Rechte Gebrauch macht. Und hier muß es doch auch einen Zeitpunkt geben, wo man sagen muß, daß es nicht mehr „ohne Verzug" geschieht, wenn er jetzt erst den Schuldner benachrichtigt.

Im Interesse größtmöglicher Schonung des Vermögens des Schuldners wird diesem durch Art. 315 das Recht eingeräumt, noch durch ein anderes Mittel als durch Erfüllung der Forderung des Gläubigers der Retention ein Ende zu machen, nämlich durch Sicherheitsleistung, genauer gesprochen, durch Annahme einer anderweitigen Sicherheit seitens des Gläubigers. Denn weist der Gläubiger die ihm vom Schuldner rechtzeitig angebotene hinreichende Sicherheit zurück, so verliert er damit nicht etwa sein Recht, das Eigentum des Schuldners zurückzubehalten, sondern er macht sich lediglich schadensersatzpflichtig, da das dem Schuldner durch Art. 315 verliehene Recht, durch rechtzeitige und ausreichende Sicherheitsleistung die weitere Ausübung des Retentionsrechtes abzuwenden, von selbst für den Gläubiger die Verpflichtung involviert, den durch Nichtbeachtung dieses Rechtes dem Schuldner erwachsenen Schaden zu vergüten.

[8]) So auch Goldschmidt a. a. O., S. 1055.

Wenn aber auch die Möglichkeit einer Zurückbehaltung der Retentionsobjekte dem Gläubiger hiedurch nicht abgeschnitten wird, so kann andrerseits zweifellos die zweite Art der Ausübung des Retentionsrechts, die Klage auf Verkaufsbewilligung, vom Schuldner vereitelt werden, wenn er die Einrede, er habe rechtzeitig hinreichende Sicherheitsleistung angeboten, zu beweisen in der Lage ist.

Ist aber die Sicherheitsleistung nicht nur angeboten, sondern auch angenommen worden, so ist nicht nur ein etwa beabsichtigter Verkauf ausgeschlossen, sondern es kann auch von einer bloßen Retinierung keine Rede mehr sein. Das ergiebt sich aus der Natur der Sache, wenn es auch nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber gesagt wird. Denn es würde ja dem obersten Grundsatz, der für das H.G.B. im allgemeinen und für das von diesem geschaffene Retentionsrecht im Besondern aufgestellt werden muß, geradezu Hohn sprechen, wenn es dem Gläubiger erlaubt sein sollte, nachdem er vom Schuldner in anderer Weise gesichert ist, zu der neuen auch noch die alte Sicherheit zurückzubehalten.

Damit aber der Schuldner verlangen kann, daß der Gläubiger Schadenersatz leiste, falls er die ihm angebotenen Sicherungsmittel nicht annehmen sollte, also trotzdem die Retention der in seinen Händen befindlichen schuldnerischen Waaren aufzugeben sich weigert, muß, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dieses Angebot „rechtzeitig" erfolgt sein.

Was dies besagen will, kann nicht zweifelhaft sein: Ist die Klage auf Verkaufsbewilligung und damit der vielleicht ursprünglich nur auf Sicherung der Forderung gerichtete Anspruch in einem auf Befriedigung gerichteten verwandelt, so kann es nicht mehr rechtzeitig genannt werden, wenn der Schuldner jetzt verlangen wollte, der Retinent solle sich mit anderweitiger Sicherheitsbestellung begnügen und die Klage zurückziehen, um später am Ende doch dieselbe wieder anstrengen zu müssen.

Anders ist es, wenn der Gläubiger lediglich das Eigentum seines Schuldners zurückbehält, ohne von seinem Klagerecht Gebrauch zu machen: Hier muß die Sicherheitsbestellung jederzeit

als rechtzeitig erachtet und demgemäß — bei Vermeidung der Schadenersatzpflicht — angenommen werden.[9])

Ein zweites Erfordnis für die Sicherheitsleistung, das zwar vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, das aber als selbstverständliche Bedingung für die Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme dieser Sicherheit aufgestellt werden muß, besteht darin, daß sie ausreichend ist, nicht in dem Sinne, daß sie die Forderung ganz und voll decken müßte, während das durch die Retentionsobjekte nicht geschehen würde, sondern in der Weise, daß sie für diese ein Äquivalent bietet und zwar in jeder Richtung, sowohl bezüglich ihres Wertes, wie ihrer Realisierbarkeit. Denn die zu Gunsten des Schuldners gegebene Bestimmung soll diesem nicht ein Privilegium geben, den Gläubiger auf solche Weise in eine weniger günstige Lage bringen zu können. Wenn übrigens das im Gewahrsam des Gläubigers befindliche Eigentum desselben wertvoller ist, als die Forderung, um welche es sich handelt, so braucht die so zu leistende Sicherheit natürlich nur die Forderung selbst vollständig zu decken, da ja infolge des dem Retentionsrecht innewohnenden Charakters als bloßes Sicherungsmittel so wie so nur ein der Forderung entsprechender Teil des schuldnerischen Eigentums der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes unterliegen würde.[10])

Worin die Sicherheit zu bestehen hat, wird vom Gesetz nicht bestimmt und hat daher der Schuldner freie Wahl in dieser Beziehung, nur ist er, wie schon erörtert, dadurch beschränkt, daß die Sicherheit hinsichtlich ihrer Realisierbarkeit dem Gläubiger dieselben Vorteile bieten muß, wie die bisherigen Retentionsobjekte. Es kommen für ihre Bestellung natürlich lediglich die materiellrechtlichen, nicht etwa die processualen Bestimmungen in Frage. Ergeben sich Differenzen darüber, ob die angebotene Sicherheit als ausreichend zu gelten habe, so entscheidet selbstverständlich das richterliche Ermessen, da in der Behauptung des Schuldners, es sei genügende Sicherheit bestellt worden, eine Einrede gegenüber der Klage zu sehen ist. Dagegen bildet das dem

[9]) Vergl. auch Korn, S. 84 fg.
[10]) Siehe oben S. 37, 42.

Schuldner verliehene Recht, der Retention des Gläubigers durch rechtzeitige und ausreichende Sicherung in anderer Weise ein Ende zu machen, nicht eine Voraussetzung in den vorhergehenden §§ besprochenen Sinne, so daß es also nicht Sache des Retentionsprätendenten ist, zur Begründung seiner Klage den Beweis zu führen, daß der Schuldner von diesem seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht habe.

Was nun diese Klage selbst angeht, die zweite Möglichkeit der Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes, so bildet sie selbstverständlich den Schwerpunkt der Anwendung des über unser Rechtsinstitut handelnden Abschnittes des H.G.B. Während das gemeine Recht dem Gläubiger lediglich die Möglichkeit giebt durch Zurückbehaltung des schuldnerischen Eigentums auf indirektem Wege eine Befriedigung seiner Forderung zu erzwingen, geht das H.G.B. weiter, indem es ihm auch noch die Befugnis erteilt, sich aus den seiner Retention verfallenen Objekten selbst zu befriedigen, diese als Exekutionsobjekte zu benützen. Allerdings kann der Retentionsgläubiger nicht in derselben einfachen Weise sein Recht realisieren, wie der Pfandgläubiger, da weder eine ohne Gehör des Schuldners erlassene richterliche Verfügung noch eine selbständig durchgeführte Veräußerung hinreichend ist, sondern es einer förmlichen Klage, gerichtet auf einen das Retentionsrecht als begründet anerkennenden und die Befriedigung aus dem Retentionsobjekte selbst gestattenden Richterspruch, bedarf, so daß also auch der Schuldner von vornherein gehört wird oder doch Gelegenheit geboten erhält, seine Einwendungen vorzubringen. Übrigens verwirkt der Gläubiger dadurch, daß er im Widerspruch mit den Bestimmungen den Verkauf der Retentionsobjekte eigenmächtig durchführt, sein Retentionsrecht ebensowenig, wie durch die Unterlassung der Benachrichtigung von der Ausübung desselben, vielmehr macht er sich dadurch lediglich schadensersatzpflichtig[11]).

Da Art. 315 hinsichtlich der Durchführung der Klage keine eigenen Bestimmungen aufgestellt hat, so ist das von der Reichscivilproceßordnung vorgeschriebene Verfahren auch für diesen Proceß

[11]) So R.O.H.G. Bd. 25 S. 224; R.G. Bd. I S. 285.

maßgebend. Nur bezüglich der örtlichen Kompetenz hat das H.G.B. selbst eine Bestimmung getroffen, welche im Interesse des Gläubigers diesen ermächtigt, seine Klage vor dem für ihn selbst zuständigen Gericht zu erheben, eine Vergünstigung, welche ihm selbstverständlich nicht verwehrt, das Forum des Schuldners anzurufen, wenn er dies als in seinem Interesse liegend erachtet. Diese Ausnahmebestimmung ist auch durch die R.C.P.O. nicht berührt, vielmehr durch das E.G. zur R.C.P.O. § 13 ausdrücklich bestätigt worden.

In allen andern Beziehungen aber unterliegt die Durchführung der Retentionsklage vollständig den Normen der Reichscivilproceßordnung.

Worauf ist nun diese Klage zu richten? Korn[12]) spricht von einer Anerkennungsklage, bei welcher Klagbitte und Urteil lediglich auf Constatierung des klägerischen Anspruchs auf Verwendung der Retentionsgegenstände zur vorzugsweisen Befriedigung der Forderung des Klägers gehen.

Goldschmidt[13]) und Makower[14]) lassen den Klagsanspruch dahin gerichtet sein, daß der Beklagte für schuldig zu erachten sei, sich den Verkauf der retinierten Objekte gefallen zu lassen. Beide hier wiedergegebenen Ansichten aber sind richtig und besagen dasselbe, denn durch die richterliche Feststellung des klägerischen Anspruchs auf Befriedigung durch Verwendung der Retentionsobjekte wird eben der Beklagte angewiesen, diese Befriedigung geschehen zu lassen und mehr zu thun, kann der letztere nicht gezwungen werden, weil das Zurückbehaltungsrecht seiner Natur nach nicht ein Mittel ist, den Schuldner direkt zu einer Leistung zu nötigen.

Wie jeder, der ein Recht klageweise geltend macht, hat auch der Retentionsgläubiger die Existenz der Voraussetzungen seines Rechtes zu beweisen. Ist also die Forderung selbst, um derentwillen die Retention erfolgt, bestritten, so hat der Kläger auch diese zu beweisen, mit andern Worten, es tritt zu der

[12]) S. 91.
[13]) S. 1050.
[14]) Komm. zu Art. 315 Anm. 57 b.

Klage auf Verkaufsbewilligung eine weitere auf Anerkennung der Forderung. Die bestrittene Fälligkeit derselben bedarf natürlich nur in den Fällen des Art. 313 eines Beweises, da in denen des Art. 314, wie bereits ausgeführt, diese Voraussetzung wegfällt.

Es frägt sich nun, ob unter den Umständen, bei welchen schon vor Fälligkeit der Forderung Zurückbehaltung möglich ist, auch die Klage erhoben werden kann, noch ehe die Forderung fällig ist, d. h. ob die actio schon vor diesem Zeitpunkt nata ist. Da wir es hier mit einer Feststellungsklage zu thun haben, so beantwortet sich die aufgeworfene Frage nach § 231 R.C.P.O. Der Kläger muß ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung haben. Daß der Retentionsgläubiger ein rechtliches Interesse an der Feststellung überhaupt hat, ob er das Eigentum des Schuldners zu seiner Befriedigung verwenden darf oder nicht, kann keinem Zweifel unterliegen. Ob er aber ein solches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dieses von ihm behaupteten Rechtsverhältnisses hat, kann nicht ohne weiteres für alle Eventualitäten bejaht werden. Der Schuldner hat z. B. seine Zahlungen eingestellt; der Gläubiger behält auf die Nachricht hievon die in seinen Händen befindlichen Waaren des Schuldners zurück, ohne daß eine Forderung fällig wäre. Klagt er nun sofort, so wird es Sache des richterlichen Ermessens sein, darüber zu entscheiden, ob ihm der Nachweis gelungen ist, daß er ein rechtliches Interesse daran habe, schon jetzt sein Recht festgestellt zu sehen, ein Nachweis, dessen Erbringung von den konkreten Vermögensverhältnissen der Streitsteile abhängig sein dürfte.

Daß die rechtzeitige Benachrichtigung des Schuldners durch den Gläubiger für letzteren nicht die Bedeutung einer Voraussetzung für die Ausübung des Retentionsrechtes hat, wenigstens nicht die einer Voraussetzung im eigentlichen Sinne wie diejenigen der vorigen §§, wurde bereits erörtert. Es kann daher dem Kläger nicht zugemutet werden zur Begründung seines Klagsantrags den Beweis dafür zu liefern, daß die Benachrichtigung erfolgt sei[15]), es muß vielmehr dem Schuldner überlassen bleiben, unter Nachweisung des Gegenteils Schadenersatz zu fordern.

[15]) Anders ohne ersichtlichen Grund Goldschmidt S. 1050.

Ebenso verhält es sich mit der Annahmeverweigerung, wenn der Schuldner durch Bestellung einer anderweitigen Sicherheit die Retention abwenden wollte: auch hier ist es lediglich Sache des Schuldners zu beweisen, daß er anderweitige und zwar hinreichende und rechtzeitige Sicherheitsleistung angeboten habe, und wegen der Verweigerung der Annahme Entschädigung zu verlangen.

Hat der Kläger nun ein Urteil zu seinen Gunsten erstritten, der Richter also dahin entschieden, daß derselbe die Retentionsobjekte zu seiner Befriedigung zu verwenden das Recht habe, so darf er auf Grund des rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Urteils den Gerichtsvollzieher mit der Pfändung und demnächstigen Veräußerung der retinierten Gegenstände beauftragen. Die hiedurch erzielte Summe dient zur Befriedigung sowohl der ursprünglichen Forderung als auch der für die Zurückbehaltung, die Einklagung und den Verkauf selbst erwachsenen Kosten und der seit der Fälligkeit der Forderung aufgelaufenen Zinsen, während der etwaige Ueberschuß an den Schuldner abzuführen ist.

Diese Befriedigung des Retinenten aus dem Erlöse erfolgt „vor den andern Gläubigern". Der Retentionsgläubiger hat somit durch Art. 315 ein Vorzugsrecht erhalten vor etwaigen hypothekarischen oder sonst privilegierten Gläubigern. Was zunächst die hypothekarischen Gläubiger anlangt, so ist nach den wichtigsten Landesrechten[16]) Hypothek nur mehr an unbeweglichen Sachen möglich und kann daher ein Prioritätsstreit zwischen Retentions- und solchen Hypothekgläubigern nicht mehr stattfinden.

Was aber die Faustpfandgläubiger und diejenigen betrifft, welche nach gemeinem Recht und den ihm folgenden Partikulargesetzen eine Hypothek auf die Retentionsobjekte erworben haben, so ist zu beachten, daß dem Retinenten der durch Art. 306 und 307 dem gutgläubigen Besitzer gewährte Schutz nicht zu gute kommt und daher die früher begründeten Pfand- bezw. Hypothekenrechte trotz des guten Glaubens des die Waaren des Schuldners retinierenden Gläubigers nicht ihre Kraft verlieren[17]),

[16]) Preuß. A.L.R. I, 20, § 6 ff.; Bair. Hyp. Ges. § 3; Sächs. Bürgerl. Ges.-Buch § 466; Württemb. Pfand-Ges. Art. 245 ff.

[17]) Dagegen nur Thöl, Handelsr. I, 2 § 134; vergl. aber Prot. S. 1465.

es müßte denn sein, daß der Schuldner vorher die Retentionsobjekte auf eine Weise erworben hätte, die auf Grund des Art. 306 bezw. 307 die Erlöschung jener Rechte herbeigeführt hat. Wenn aber z. B. der Gläubiger die Objekte, die er jetzt kraft des ihm aus Art. 313 zustehenden Rechtes detiniert, während er sie bisher auf Grund eines Pfandrechtes besaß, zu seiner Befriedigung verwenden will, so können ihm gegenüber die früheren Pfandrechte wieder geltend gemacht werden, auch wenn er sie zuerst in gutem Glauben als Pfand genommen hatte.

Nach einzelnen Partikularrechten allerdings, welche schon bei unfreiwilligem Verlust des verpfändeten Objekts das Pfandrecht erlöschen lassen[18]), wird der Retinent auch durch diese früher begründeten Pfandrechte an der vorzugsweisen Befriedigung seiner Forderung nicht gehindert.

Ebensowenig ist dies der Fall, wo umgekehrt durch Partikulargesetz das Retentionsrecht dem Pfandrecht gleichgestellt worden ist, wie dies z. B. das hessische Einführungsgesetz zum H.G.B. gethan hat.

Wenn nun der Gläubiger, der sich ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, im Widerspruch mit dem Gesetz den Verkauf nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung gem. § 644 ff. R.C.P.O., sondern in anderer Weise durchführt, etwa einfach freihändig, so verliert er dadurch nicht sein Retentionsrecht, aber er wird dem Schuldner schadenersatzpflichtig[19]), er müßte denn den Beweis führen können, daß auch auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege kein höherer Erlös erzielt worden wäre.

B. Im Konkurs des Schuldners.

§ 11.

Es ist bereits durch Art. 314 Ziff. 1 vom Gesetzgeber ausgesprochen worden, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Schuldners nicht nur nicht zu existieren aufhört, sondern sogar zwei Voraussetzungen, die der Fälligkeit und der Übereinstimmung mit der lex contractus nicht gegeben zu

[18]) z. B. Code civ. Art. 2076, 2119.
[19]) RG. Bd. 1 S. 285.

sein brauchen, um die Ausübung der Retentionsbefugnis zu ermöglichen, und Art. 315 betont nochmals ausdrücklich, daß das kaufmännische Retentionsrecht in beiden besprochenen Richtungen auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber ausgeübt werden kann.

Diese nach gemeinem Recht dem Retentionsgläubiger nicht gegebene Möglichkeit ist es, welche neben derjenigen, die in der Befriedigung durch die Retentionsobjekte liegt, dem ganzen Rechtsinstitut seine eigentliche praktische Bedeutung verleiht, da der Geschäftsmann, wie schon hervorgehoben, bei normaler Vermögenslage eines mit ihm in geschäftlicher Verbindung Stehenden ohnehin wenig Interesse daran haben dürfte, das ihm nach Art. 313 ff zustehende Deckungsrecht in Anspruch zu nehmen, dagegen im Falle des Eintritts einer den Schuldner an der Befriedigung desselben hindernden Thatsache, in erster Linie also des Konkursausbruches, es als schmerzlich, ja als ungerecht empfinden müßte, wenn es ihm nicht erlaubt wäre, sich an das in seinen Händen befindliche Eigentum des Cridars zu halten.

Wenn nun Art. 315 ausdrücklich das Recht auf Zurückbehaltung und auf vorzugsweise Befriedigung aus den retinierten Sachen des Schuldners im Wege der Klage auf Verkaufsbewilligung und demnächst der Zwangsvollstreckung auch im Konkurs des Schuldners für fortbestehend erklärt, so heißt das selbstverständlich nicht auch, daß der Gläubiger nach der Konkurseröffnung noch ein Retentionsrecht erwerben kann, vielmehr muß bereits zur Zeit des Ausbruches der Gant durch die erfolgte Verwirklichung aller ihrer Voraussetzungen die Retentionsbefugnis thatsächlich existent geworden sein. Da nämlich der Cridar von dem genannten Zeitpunkt an gem. § 5 K.O. die Befugniß verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, so kann derjenige, der gegen ihn zwar eine Forderung hat, aber nicht über Waaren desselben verfügt, sich jetzt solche nicht mehr mit Willen des Schuldners verschaffen. Eine derartige Rechtshandlung des Gemeinschuldners wäre nach § 6 K.O. den übrigen Gläubigern gegenüber nichtig, so daß also eine vorzugsweise Befriedigung des vorbezeichneten Gläubigers

vor den andern nicht stattfinden kann. Ebenso ist es auch, wenn der Erwerb ohne Zuthun des Cridars erfolgt, d. h. wenn zwar der Anspruch auf Erlangung der Waaren desselben schon vor der Eröffnung des Konkurses begründet war, diese Erlangung selbst aber erst nach der Eröffnung erfolgte[1]). Hat umgekehrt jemand Waaren eines andern in Händen, ohne gegen denselben einen Anspruch zu besitzen, so kann er, falls der Eigentümer in Konkurs gerät, nun nicht mehr sich schnell eine Forderung gegen diesen verschaffen, auf Grund deren er dann die Waaren retinieren dürfte, und zwar würde dem ebenfalls § 6 bezw. 12 K.O. entgegenstehen.

Liegen aber alle gemäß Art. 313 und 314 erforderlichen Voraussetzungen vor, so übt die Konkurseröffnung in Ansehung der dem Retentionsgläubiger zustehenden Befugnisse keinen Einfluß. Er kann also nicht nur die Waaren des Schuldners zurückbehalten, sondern auch die Klage auf Verkaufsbewilligung erheben bezw. durchführen, wobei die Klage gegen den Konkursverwalter geht und zwar auch gegen diesen am forum des Gläubigers selbst anhängig gemacht werden kann. Auch die Durchführung der Zwangsvollstreckung zum Zweck der vorzugsweisen Befriedigung aus dem Erlös der Retentionsobjekte wird durch das Gantverfahren nicht verhindert oder berührt, da die Konkursordnung in § 41 Ziff. 8 auch denjenigen, der nach Art. 313 ff. des H.G.B. ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an gewissen Gegenständen hat, in Ansehung dieser Gegenstände — also der Retentionsobjekte — das Recht der Absonderung von der Konkursmasse verliehen hat.

Tritt durch den Verkauf der Retentionsobjekte eine vollständige Befriedigung nicht ein oder ist vorauszusehen, daß eine solche nicht eintreten wird, so kann der Retentionsgläubiger den ausgefallenen[2]) resp. den als mutmaßlich ausfallend glaubhaft gemachten[3]) Teil seiner Forderung zur Konkursmasse geltend machen, wobei die bis zur Eröffnung des Verfahrens erwachsenen

[1]) § 12 K.O.
[2]) § 57 K.O.
[3]) § 141 K.O.

Kosten und aufgelaufenen Zinsen zu der ursprünglichen Forderung geschlagen werden.

Aber nicht nur die dem Retentionsgläubiger gem. Art. 313 bis 315 H.G.B. zustehenden Befugnisse bleiben ihm im Konkurs seines Schuldners erhalten, sondern auch die ihm in diesen Artikeln auferlegten Verpflichtungen muß er unter diesen veränderten Umständen erfüllen, also den Schuldner bezw. den Konkursverwalter von der Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ohne Verzug benachrichtigen und gegen genügende und rechtzeitig offerierte anderweitige Sicherheit die Retentionsgegenstände herausgeben. Ja, er muß sogar auf Verlangen des Konkursverwalters diesem die zurückbehaltenen Sachen vorzeigen, deren Abschätzung gestatten[4]) und es dulden, daß derselbe die Verwertung der Sachen nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung selbst, betreibt und kann seine Rechte in diesem Falle nur auf den Erlös geltend machen.[5]) Die Benachrichtigung von der Ausübung des Retentionsrechts an den Konkursverwalter wird hier in den meisten Fällen identisch sein mit derjenigen von dem Besitz der Sache, welche nach § 108 K.O. innerhalb der im offenen Arrest bestimmten Frist erfolgen muß, widrigenfalls der Gläubiger schadenersatzpflichtig wird.

Selbstverständlich muß der Retentionsprätendent, von dem der Verwalter die Herausgabe der Sachen des Schuldners, auf dem Wege der Klage verlangt, seine Forderung und zwar auch der Höhe nach[6]) beweisen, damit der Verwalter ihn aus dem Erlös befriedigen und den etwaigen Überschuß zur Masse schlagen kann.

Während die innerhalb der von § 23 Ziff. 2 K.O. bezeichneten kritischen Zeit, also selbst vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, vom Schuldner vorgenommenen Rechtshandlungen anfechtbar sind, wenn dieselben einen Konkursgläubiger durch Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes begünstigen, also diesen Sachen verschaffen, die zur Retention ge-

[4]) § 110 K.O.
[5]) § 117 K.O.
[6]) R.O.H.G. Bd. 15 S. 100.

eignet sind, kann umgekehrt eine Anfechtung nicht eintreten, wenn jemand, der bereits dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände in Besitz hatte, erst in dieser kritischen Zeit eine Forder- gegen denselben erwarb, auf Grund deren er die Befugnis zur Zurückbehaltung der genannten Gegenstände erhält.[7])

Ist nach gemeinem oder Landesrecht bei einem Distanzkauf durch Abschluß des Vertrags oder durch Absendung der Waare diese in das Eigentum des Destinatärs übergegangen und infolge dessen nach bürgerlichem Recht gemeinhin eine Vindikation der Waare nicht mehr möglich, so giebt es doch einen Fall, wo der Eigentumsübergang ex tunc redressiert wird: das in allen größeren Rechtsgebieten Deutschlands durch die Partikulargesetzgebung und jetzt für das ganze deutsche Reich durch die Konkursordnung im § 36 anerkannte Verfolgungsrecht.

Sind nämlich die an den Destinatär abgesandten Waaren noch unterwegs und noch nicht völlig bezahlt, so kann der Absender oder der Einkaufskommissionär sie zurückfordern, wenn der Destinatär in Konkurs gerät, so daß der wirklich erfolgte Eigentumsübergang rechtlich als ungeschehen gilt.[8])

Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu, droit de suite) wird geltend gemacht durch Klage, und zwar richtet sich diese gegen den augenblicklichen Inhaber der Waaren. Sind dieselben nun, während sie sich unterwegs befanden, von dem nunmehr in Konkurs geratenen Käufer, also in diesem Falle von einem Nichteigentümer, einem Dritten weiter verkauft oder verpfändet oder sonstwie überlassen worden, so wird zwar der dritte Erwerber oder Pfandgläubiger auf Grund seines guten Glaubens in Gemäßheit der Art. 306 und 307 der H.G.B. dem Verfolgenden gegenüber sein Eigentums- bezw. Pfandrecht mit Erfolg geltend machen können, hat aber jemand die Waaren in seine Hände bekommen, der sie lediglich auf Grund einer Forderung gegen den Destinatär als Retentionsobjekte benutzen wollte, z. B. ein Spediteur, so ist derselbe dem Verfolgungsrecht des

[7]) cf. R.G. Bd. 9 S. 50.
[8]) Vergl. Motive zur K.O. S. 168.

Absenders gegenüber wehrlos, weil, wie schon hervorgehoben, Art. 306 fg. auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht keine Anwendung findet; ein solcher Inhaber kann also die Rückgabe der Waaren an den Verfolgenden nicht verweigern.[9]) Es ist dies der einzige Fall, in welchem ein bestehendes kaufmännisches Retentionsrecht durch die Eröffnung des Konkurses über den Retentionsschuldner wieder in Wegfall kommt.

V. Teil.

Beendigung des kaufmännischen Retentionsrechtes.

§ 12.

Aus der bisherigen Darstellung der Voraussetzungen, unter denen das kaufmännische Retentionsrecht zur Existenz gelangt, ergiebt sich von selbst die Beantwortung der Frage, welche Thatsachen ein bestehendes Zurückbehaltungsrecht wieder erlöschen lassen. Indes wird nicht nur durch solche Umstände, welche die Voraussetzungen dieses Rechtes untergehen lassen, dem Rechte selbst ein Ende bereitet, sondern auch durch solche, welche allein die Retentionsbefugnis aufheben, ohne diese Voraussetzungen zu berühren.

Da die Benachrichtigung des Schuldners und die Sicherheitsannahme nicht zu den Existenzbedingungen des Retentionsrechtes gehören, so wird auch durch die Unterlassung der Benachrichtigung oder die Nichtannahme der Sicherheit, wie bereits wiederholt betont, die Existenz des Rechtes nicht gefährdet, sondern lediglich eine Verpflichtung zum Ersatz des etwa hiedurch verursachten Schadens begründet.

Aber auch bei den für die Existenz des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes wesentlichen Voraussetzungen haben wir bereits solche kennen gelernt, deren Wegfall nicht immer der Weg-

[9]) So auch R.G. Bd. 8 S. 84.

fall des Rechtes herbeiführt: Die Voraussetzungen bezüglich der beteiligten Subjekte. Verliert nämlich der Gläubiger oder der Schuldner seine Kaufmannseigenschaft zu einer Zeit, wo ersterer bereits in der Ausübung seiner Retentionsbefugnis begriffen ist, so hat dieser Verlust den Untergang der Befugnis nicht zur Folge. Ebensowenig hat der Tod des Retentionsgläubigers oder -Schuldners diese Wirkung, vielmehr geht das Rechtsverhältnis des Defunkten unverändert auf seine Erben über.

Da das Retentionsrecht auf dem Konflikt zweier Ansprüche beruht, indem demjenigen des Schuldners auf Herausgabe seines Eigentums der des Gläubigers auf Erfüllung seiner Forderung entgegentritt, so bedeutet der Wegfall eines der beiden Ansprüche den Untergang des Zurückbehaltungsrechtes. Wir können demnach hier zwei Gruppen von Thatsachen unterscheiden, welche der Retention ein Ende machen: solche, die den Anspruch des Gläubigers und solche die des Schuldners treffen.

Von den Thatsachen der ersteren Art ist die wichtigste und wohl auch häufigste der Untergang der gläuberischen Forderung durch Erfüllung derselben. Aber auch andere Vorgänge, welche den Anspruch des Gläubigers gegenstandslos werden lassen, haben diese Wirkung, so die Kompensation, die Konfusion, der Erlaß, gleichviel, ob durch dieselben die Forderung des Retinenten befriedigt wird oder nicht. Was die Verjährung als Erlöschungsgrund der Forderung betrifft, so ist zunächst zu konstatieren, daß der Besitz von Retentionsobjekten der Verjährung nicht hinderlich sein kann. Nach verschiedenen Partikularrechten erlischt nun eine Forderung durch Verjährung vollständig, ohne eine Naturobligation übrig zu lassen, nach gemeinem Recht aber bleibt die verjährte Schuld als naturalis obligatio in Kraft und bedeutet der Zeitablauf lediglich, daß dieselbe nicht mehr durch Klage geltend gemacht werden kann. Dagegen ist der Inhaber einer solchen verjährten Forderung wohl in der Lage, dieselbe zur Kompensation zu verwenden oder auf Grund derselben ein Pfandrecht auszuüben. Die Frage ist nun nicht so zu stellen, ob das Retentionsrecht vermöge seiner schwächeren Natur nicht imstande ist, wie das Pfandrecht das Fortbestehen

einer verjährten Obligation als naturalis zu bewirken[1]), denn nicht irgend ein dem Gläubiger zustehendes Recht verhindert, daß die Verjährung nicht nur die Klagbarkeit seiner Forderung, sondern auch diese selbst vernichtet. Vielmehr geht im Gebiet des gemeinen Rechtes die in der Verjährung liegende Kraft überhaupt nur so weit, dem Gläubiger das Klagerecht zu entziehen, während sie alle sonstigen ihm etwa zukommenden Rechte nicht berührt. Warum sollte nun die Forderung deshalb auf einmal ganz untergehen, weil der Gläubiger weder ein Pfand-, noch ein Kompensationsrecht geltend machen kann, sondern nur ein Retentionsrecht hätte, das doch Elemente von beiden vorgenannten in sich aufgenommen hat? Und wo findet sich denn in Art. 313—316 H.G.B. die Bedingung, daß die Forderung, auf Grund deren retiniert werden soll, klagbar sein müßte? Wird die Existenz der Forderung bestritten, so braucht ja der Gläubiger die Forderung nicht einzuklagen, sondern nur Feststellungsklage zu erheben.

Unter den Thatsachen, welche durch Beendigung des retinierten schuldnerischen Anspruchs auch dem Zurückbehaltungsrecht ein Ende bereiten, ist zunächst hervorzuheben der Untergang des Retentionsobjekts. Es ist dabei gleichgiltig, ob dieser Untergang mit oder ohne Verschulden des Besitzers eintrat, denn in beiden Fällen ist die Möglichkeit zu retinieren ausgeschlossen. Da aber bei verschuldetem Untergang der Gläubiger schadenersatzpflichtig wird, so hat wenigstens der Retentionsschuldner die Möglichkeit, seinen Schadenersatzanspruch zur Kompensation mit der Forderung des Gläubigers zu verwenden, während der ohne Verschulden des letzteren erfolgte Untergang zwar diesem ebenfalls seine Retentionsbefugnis entzieht, den Schuldner aber noch schwerer trifft,

[1]) So Korn S. 103. Allerdings könnte der daselbst Note 2 citierte Satz: Remanet propter pignus obligatio für die entgegengesetzte Meinung sprechen, aber nachdem die überwiegende Ansicht in Doktrin und Praxis im heutigen gemeinen Recht dahin geht, daß die Verjährung nur die Möglichkeit, die Erfüllung der Forderung durch eine hierauf gerichtete Klage zu erzwingen, vernichtet, also die obligatio nicht nur propter pignus sondern um ihrer selbst willen fortbesteht und durch verschiedene Mittel geltend gemacht werden kann, zu welchen eben auch die Ausübung des Pfandrechts gehört, so muß man vielmehr heute sagen, daß das Pfandrecht fortbesteht um der noch fortexistierenden obligatio willen.

da derselbe dann auch keinen Schadenersatz verlangen kann, vorausgesetzt, daß nicht das Objekt etwa versichert gewesen ist und damit, da die Versicherungssumme an die Stelle des untergegangenen Gegenstandes treten muß, dem Schuldner auch in diesem Falle die Möglichkeit gegeben wird, seine Verbindlichkeit gegen diese Summe aufzurechnen[2]).

Ebensowenig wie nach dem Untergang des Retentionsgegenstandes kann eine Zurückbehaltung dann noch möglich sein, wenn der Gläubiger den Gewahrsam des Objektes verloren hat, da derselbe eine wesentliche Voraussetzung für die Existenz des Retentionsrechtes bildet, und zwar macht es keinen Unterschied, ob dieser Verlust des Gewahrsams durch freiwillige Aufgabe desselben oder gegen den Willen des Gläubigers erfolgt ist. Erlangt jedoch im letzteren Falle der Retinent vermittelst einer Klage gegen den Dritten, in dessen Besitz das Objekt übergegangen ist, den Gewahrsam wieder, so erhält er damit auch sein verlorenes Retentionsrecht zurück. Ob das Mittel, durch welches er den Besitz des schuldnerischen Eigentums wiedererlangt, nur in einer Contrakts- oder Deliktsklage bestehen kann oder ob ihm auch die possessorischen Rechtsmittel dafür zu Gebote stehen, dürfte davon abhängen, ob nach der neueren Gesetzgebung[3]) auch dem bloßen Detentor diese letzteren Klagen gegeben sind.[4]) Sobald aber die Voraussetzungen der Art. 303, 307 des H.G.B. vorliegen, ist dem Gläubiger natürlich jede Klage zur Wiedererlangung der Retentionsobjekte versagt.

Da die Retentionsbefugnis, wie wir gesehen haben, auch davon abhängig ist, daß der Schuldner Eigentümer der zurückbehaltenen Gegenstände ist, und zwar in dem Augenblick, wo der Gläubiger sein Retentionsrecht auszuüben beginnt, so erlischt dieses zwar nicht unter allen Umständen durch den späteren Verlust des Eigentums seitens des Schuldners, wohl aber dann, wenn dieser Verlust auf die Zeit vor dem Beginn der Zurückbehaltung zurückbezogen wird, wie dies im Falle des § 36 K.O.

[2]) So mit ausführlicher Begründung Korn S. 105 f.
[3]) z. B. Preuß. A.L.R. I, 20 § 561; Sächs. Bürg. Ges.-Buch § 218.
[4]) cf. Goldschmidt S. 989, 1053 f.

geschieht, oder auf einem vor dem genannten Zeitpunkt entstandenen und dem Gläubiger bekannt gewesenen Rechtsgrunde beruht.[5])

Selbstverständlich beendet der Übergang des Eigentums an den Retentionsobjekten auf den Gläubiger, also die Confusion, ebenfalls das Retentionsrecht desselben.

Die gleiche Wirkung hat, wie bereits ausgeführt, die Annahme von anderweitiger Sicherheit, weil dadurch der Gläubiger auf eine weitere Zurückbehaltung der ursprünglichen Retentionsobjekte verzichtet, sie also nicht mehr zu seiner Deckung verwenden darf.

Wird durch eine durchgeführte Anfechtung, sei es innerhalb oder außerhalb des Konkurses, dem Gläubiger der Besitz der Retentionsobjekte und damit eine wesentliche Voraussetzung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes entzogen, so findet damit selbstverständlich auch dieses Recht sein Ende. Die Anfechtung selbst erfolgt nach Maßgabe der §§ 23—34 K.O. und nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.

Die bisher angeführten Erlöschungsgründe führen die Vernichtung des Retentionsrechtes dadurch herbei, daß sie die eine oder andere seiner Voraussetzungen in Wegfall bringen; es giebt aber auch andere, welche dem Zurückbehaltungsrecht ein Ende bereiten, ohne diese Voraussetzungen zu berühren. Hierher gehört in erster Linie eine Abmachung zwischen Gläubiger und Schuldner, wie sie nach Art. 316 H.G.B. zwischen den Parteien vereinbart werden kann. Außerdem ist aber auch der Verzicht hier zu nennen, wenn derselbe auch erst durch Annahme seitens des Schuldners für den Gläubiger verbindliche Kraft erhält und dann in die Reihe der vorgenannten Abmachungen tritt. Im übrigen ist es gleichgültig, ob der Verzicht ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht bildet die Eröffnung

[5]) Vergl. oben S. 25.

des Konkurses keinen Aufhebungsgrund für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, vielmehr erleichtert es seine Ausübung in solcher Weise, daß dieses Ereignis sogar für die Mehrzahl der Anwendungsfälle den Anlaß giebt.

VI. Teil.

Das Retentionsrecht der Zukunft.

§ 13.

Wie das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches das gemeinrechtliche auch unter Kaufleuten nicht ganz verdrängt hat, indem letzteres in allen Fällen, wo das Retentionsobjekt nicht auf Grund eines Handelsgeschäftes in den Besitz des Gläubigers gekommen oder die Forderung des letzteren nicht aus beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden ist, Anwendung finden kann, so wird auch der Kaufmann das Retentionsrecht, wie es das zukünftige gemeine Recht voraussichtlich gestalten wird, ausüben können.

Auch das Zurückbehaltungsrecht der Zukunft wird, soweit sich nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich[1]) voraussehen läßt, dieselben Voraussetzungen haben wie das des gegenwärtig geltenden gemeinen Rechtes: Die beiden sich gegenüberstehenden Ansprüche müssen konnex sein, der des Retentionsprätendenten muß fällig sein und die von ihm geschuldete Leistung braucht auch dort nicht in der Herausgabe einer beweglichen Sache zu bestehen, auch dort kann dieselbe durch Sicherheitsleistung abgewendet werden. Aber auch die Art und Weise der Ausübung ist die gleiche, sie erfolgt lediglich durch Verweigerung der geschuldeten Leistung, ohne daß der Retinierende die Befriedigung seines Anspruchs durch eine Klage erzwingen könnte; der Klage des Re-

[1]) § 230, 231.

tentionsgegners gegenüber läßt sich sein Recht nur als exceptio doli ausüben, die lediglich bewirkt, daß er verurteilt wird, zu leisten, sobald der Kläger seinerseits geleistet hat. Eine Ausübung im Konkurs des Retentionsschuldners findet auch beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht der Zukunft nicht statt.

Selbstverständlich unterliegt dasselbe ebenfalls der Privatdisposition und kann daher durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden.

Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht dürfte also in Zukunft dem augenblicklich für den größten Teil des deutschen Reiches bestehenden Rechtszustande gegenüber keine Änderung erfahren und das Retentionsrecht des Handelsgesetzbuchs demnach voraussichtlich nach wie vor seine eigenartige Bedeutung behalten.

Buchdruckerei Gebr. Haertl, München.

. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler) in München.

In meinem Verlage ist erschienen:

Historische und dogmatische Darstellung

des

strafbaren Bankerotts

unter besonders

eingehender Untersuchung der Schuldfrage.

Von

Dr. jur. **Karl Neumeyer.**

Gekrönte Preisschrift.

Preis Mk. 4.—.

us dem Inhalt: Historischer Theil. — Dogmatischer Theil: Der einfache Bankerott. — Die Beseitigung der Handelsbücher. Der betrügerische Bankerott. — Die Gläubigerbegünstigung

J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler) in München.

In meinem Verlage ist erschienen:

Die rechtliche Stellung

des

Handlungsreisenden

nach dem

Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch.

Von

Dr. jur. **Ludwig Frantz.**

Preis Mk. 1.—.

Aus dem Inhalt: Das Rechtsverhältniß des Handlungsreisenden. — Folgen des eingegangenen Rechtsverhältnisses. — Rechte und Pflichten des Handlungsreisenden. — Haftungsverhältnisse. — Gegenleistung des Prinzipals an den Handlungsreisenden. — Klagen zwischen dem Prinzipal und seinem Handlungsreisenden. — Aufhebung des Rechtsverhältnisses.

Die Versicherung

gegen

Stellenlosigkeit im Handelsgewerbe

auf Grund

der Enquête des deutschen Verbandes kaufm. Vereine vom Herbste 1892

von

Dr. **Hans Hall,** Bankbeamter.

Preis Mk. 1.20.